

Les Cahiers de droit



L'État de droit et la théorie de la *rule of law*

Daniel Mockle

Volume 35, numéro 4, 1994

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043305ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043305ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Mockle, D. (1994). L'État de droit et la théorie de la *rule of law*. *Les Cahiers de droit*, 35(4), 823–904. <https://doi.org/10.7202/043305ar>

Résumé de l'article

La prépondérance de l'État de droit dans le discours politique international justifie une comparaison avec la théorie de la *rule of law*. Le faible nombre d'études comparatives ne facilite pas la détermination précise de leur contenu réciproque alors que s'élaborent des postulats implicites d'équivalence ou de concordance. Le discours des droits fondamentaux et de la démocratie favorise ce rapprochement dans une perspective de standardisation du droit public. L'internationalisation, l'indétermination ainsi que l'indifférenciation de certains éléments qui figurent dans la problématique de l'État de droit facilitent cette comparaison avec les exigences traditionnelles de la *rule of law*.

Par le rappel des conditions particulières qui ont présidé à l'élaboration de la notion d'État de droit et par un retour obligé sur le contenu théorique de la *rule of law*, l'auteur analyse des éléments de convergence et de divergence. En dépit d'une généalogie distincte, les deux notions concourent, par la richesse de leur contenu, à l'élaboration empirique d'un modèle syncrétique. L'insistance particulière sur la question du droit public et de la théorie de l'État dans la problématique de l'État de droit se concilie, sans difficulté majeure, avec l'importance traditionnelle des valeurs référentielles dans la théorie de la *rule of law*. En vue de satisfaire aux exigences de ce rapprochement, une dilution du contenu originel des deux notions reste néanmoins l'hypothèse la plus plausible comme le montre l'évolution récente du droit public au Canada. Dans le contexte canadien, ce syncrétisme offre de nouvelles perspectives de réflexion sur la question de la théorie générale de l'État et du droit public. Il permet de réactualiser la question du droit public dans le cadre d'une évolution marquée par le développement de la justice constitutionnelle et la constitutionnalisation du droit.

L'État de droit et la théorie de la *rule of law**

Daniel MOCKLE**

La prépondérance de l'État de droit dans le discours politique international justifie une comparaison avec la théorie de la rule of law. Le faible nombre d'études comparatives ne facilite pas la détermination précise de leur contenu réciproque alors que s'élaborent des postulats implicites d'équivalence ou de concordance. Le discours des droits fondamentaux et de la démocratie favorise ce rapprochement dans une perspective de standardisation du droit public. L'internationalisation, l'indétermination ainsi que l'indifférenciation de certains éléments qui figurent dans la problématique de l'État de droit facilitent cette comparaison avec les exigences traditionnelles de la rule of law.

Par le rappel des conditions particulières qui ont présidé à l'élaboration de la notion d'État de droit et par un retour obligé sur le contenu théorique de la rule of law, l'auteur analyse des éléments de convergence et de divergence. En dépit d'une généalogie distincte, les deux notions concourent, par la richesse de leur contenu, à l'élaboration empirique d'un modèle syncrétique. L'insistance particulière sur la question du droit public et de la théorie de l'État dans la problématique de l'État de droit se concilie, sans difficulté majeure, avec l'importance traditionnelle des valeurs référentielles dans la théorie de la rule of law. En vue de satisfaire aux exigences de ce rapprochement, une dilution du contenu originel des deux notions reste néanmoins l'hypothèse la plus plausible comme le montre l'évolution récente du droit public au Canada. Dans le contexte canadien, ce syncrétisme offre de nouvelles perspectives de réflexion sur la question de la théorie générale de l'État et du droit public. Il permet de réactualiser la question du droit public dans le cadre d'une évolution marquée par le

* La présente étude a fait l'objet d'une conférence le 16 décembre 1993 devant l'école doctorale de droit public et de science politique de la Faculté de droit et de sciences économiques de l'Université de Montpellier I sous le titre « État de droit et *rule of law* ». Une communication sur ce thème a également eu lieu dans le cadre des séminaires du GEPTUD (Groupe d'études sur les processus de transformation du droit) à la Faculté de droit de l'Université Laval le 27 septembre 1993 sous le titre « Figures de l'État de droit ».

** Professeur, Département des sciences juridiques, Université du Québec à Montréal.

développement de la justice constitutionnelle et la constitutionnalisation du droit.

The preponderance of the État de droit in international political discourse warrants a comparison with the theory of the Rule of Law. The small number of comparative studies does not facilitate the exact determination of their reciprocal contents at the same time that implicit postulates of equivalence and concordance are developing. Discourse on basic rights and democracy favours this rapprochement within a perspective of the standardization of public law. Internationalization, indeterminacy and lack of differentiation among certain elements found in the problematics of the État de droit facilitate this comparison with the traditional demands of the Rule of Law.

By recalling the special conditions that presided over the development of the État de droit notion and by a forced retrospective on the theoretical content of the Rule of Law, the author identifies elements of convergence and divergence. Despite differing origins, the two notions contribute — owing to the wealth of their content — to the empirical development of a syncretic model. Specific emphasis on the question of public law and the theory of the State within the problematics of the État de droit is conciliated without major difficulties with the traditional importance of referential values in the Rule of Law. To satisfy the demands of this rapprochement, a dilution of the original content of these two notions remains nonetheless the most plausible hypothesis as seen in the recent evolution of public law in Canada. In the Canadian context, this syncretism offers new perspectives for reflecting on the question of the general theory of the State and public law. It makes it possible to rejuvenate the question of public law within an evolution marked by the development of constitutional justice and the constitutionalization of law.

	<i>Pages</i>
1. La primauté du droit dans l'État de droit.....	833
1.1 Genèse et préfiguration.....	835
1.2 Le contenu originel.....	845
1.3 Le perfectionnement du droit public.....	856
2. L'élaboration d'un modèle synchrétique.....	863
2.1 Le Parlement et le statut de la loi.....	867
2.2 Les qualités formelles de l'ordre juridique.....	880
2.3 Le rôle des éléments de finalité.....	891
Conclusion.....	899

Signe des temps, l'État de droit figure désormais dans le champ sémantique des notions utilisées en droit public interne au Canada. Les enjeux politiques et théoriques sont considérables car la problématique de l'État de droit reste largement inconnue dans les ouvrages de droit public des pays de *rule of law*¹. Au Canada, la signification politique de la notion suscite depuis peu de l'intérêt en science politique². Malgré l'absence de développements explicites dans les ouvrages canadiens de droit public, tant en droit constitutionnel qu'en droit administratif³, l'État de droit commence à faire l'objet d'études et de commentaires⁴. Cette évolution est compréhensible puisque l'État de droit est devenu au sein de la commu-

1. Une exception n'en reste pas moins significative, celle de l'Afrique du Sud, où la doctrine publiciste a critiqué certains aspects de la *rule of law* en invoquant les exigences de l'État de droit, plus précisément celles du *Rechtsstaat* (par référence à son contenu originel issu de la doctrine publiciste allemande) : C.L. BLAAU, « The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights », (1990) 107 *South Afr. L.J.* 76-96. La Constitution intérimaire du 27 avril 1994 de la République d'Afrique du Sud a été publiée le 28 janvier 1994 et ratifiée par référendum le 4 avril 1994. Elle reconnaît l'existence du *regstaat* dans son préambule : *Constitution of the Republic of South Africa*, Act no. 200, 1993, Republic of South Africa Government Gazette, vol. 343, n° 15466, 28 janvier 1994. Cette constitution est en vigueur pour une période de cinq ans. Pour une présentation générale, voir : I.M. RAUTENBACH et E.F.J. MALHERBE, *What does the Constitution Say?*, Johannesburg, Faculty of Law, Rand Afrikaans University, 1994, 73 pages.
2. J. ZYLBERBERG, « Les structures dissipatives du politique : la démocratie en mal d'État », dans J. ZYLBERBERG et C. EMERI (dir.), *La démocratie dans tous ses états*, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 3-17.
3. Dans leur ouvrage de droit constitutionnel, les professeurs J.-Y. Morin et J. Woehrling emploient l'expression « État de droit » à quelques reprises : J.-Y. MORIN et J. WOEHRLING, *Les constitutions du Canada et du Québec du régime français à nos jours*, t. 1, Montréal, Éditions Thémis, 1994, 656 pages.
4. Dans une perspective de droit international public et de théorie du droit, le professeur J.-Y. Morin poursuit depuis 1988 divers travaux sur l'État de droit : J.-Y. MORIN, « Grandeur et misère de l'État de droit en tant que norme universelle », dans R. HUDON et R. PELLETIER (dir.), *L'engagement intellectuel : Mélanges en l'honneur de Léon Dion*, Sainte-Foy, P.U.L., 1991, pp. 105-141 ; J.-Y. MORIN, « Rule of Law and Rechtsstaat », texte de la conférence présentée à Vancouver à l'Université Simon Fraser, 26-27 septembre 1991, 64 pages. Ce texte a été publié en version abrégée : J.-Y. MORIN, « The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept : A Comparison », dans E. MCWHINNEY, J. ZASLOVE et W. WOLF (dir.), *Federalism-in-the-Making : Contemporary Canadian and German Constitutionalism, National and Transnational*, Dordrecht, Kluwer, 1992, pp. 60-86. Des références ou des renvois à l'État de droit figurent dans d'autres études : P. ISSALYS, « La loi dans le droit : tradition, critique et transformation », (1992) 33 *C. de D.* 665-699, 684 ; D. MOCKLE, « L'impact du principe d'égalité sur les privilèges et immunités de l'État », (1990) 50 *R. du B.* 431-501, *in fine*.

nauté internationale un élément déterminant de la réflexion sur l'État⁵. Le sujet présente également, par la richesse de ses implications, un intérêt majeur pour la théorie du droit public et la philosophie politique. Le rapprochement de ces deux notions fondamentales issues de la pensée occidentale, l'État de droit et la *rule of law*, est désormais incontournable.

Dans deux affaires qui remontent à 1992, la Cour suprême du Canada ne semble pas avoir éprouvé de réticences particulières afin de faire référence à l'État de droit pour l'analyse de certaines caractéristiques du droit public canadien. Cette comparaison n'en soulève pas moins de nombreuses questions sur les rapports réciproques de l'État de droit et de la *rule of law*. Dans l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical Society*⁶, le juge Gonthier a explicitement fait référence à l'État de droit en vue de résumer les exigences de la primauté du droit aux fins d'une analyse de la théorie de l'imprécision en droit public. Après avoir signalé la pertinence des études européennes sur l'État de droit pour comprendre l'articulation des rapports droit/État, notamment la *Contribution à la théorie générale de l'État* de R. Carré de Malberg⁷, le juge Gonthier a manifesté certaines réserves à l'égard de « l'attitude de non-intervention qui a imprégné le développement de la théorie de la primauté du droit » afin de « privilégier une conception plus globale de l'État, considéré comme une entité soumise au droit et agissant par l'intermédiaire du droit »⁸. Enfin, dans une seconde affaire qui avait pour objet une accusation d'outrage au tribunal⁹, le juge Gonthier, au nom de la majorité, a affirmé que « le respect du rôle et de l'autorité des tribunaux » est « un des fondements de l'État de droit »¹⁰. La version anglaise

5. « L'État de Droit est devenu le nouveau credo du Discours politique universel » : S. MILACIC, « À l'Est, l'État de droit pour induire la démocratie ? », dans *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, 617-632, p. 617. Voir également : J.-Y. MORIN, « Grandeur et misère de l'État de droit en tant que norme universelle », *loc. cit.*, note 4, 109.

6. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (ci-après cité : « *Nova Scotia Pharmaceutical* »).

7. Les études citées par la Cour sont les suivantes : R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Paris, Sirey, 1920-1922, 837 pages ; J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *R.D.P.*, 1988, pp. 313-380 ; J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'État de droit ? », *R.D.P.*, 1977, pp. 1207-1235 ; L.C. BLAAU, *loc. cit.*, note 1 ; F. NEUMANN, *The Rule of Law : Political Theory and the Legal System in Modern Society*, Heidelberg, Berg, 1986, 349 pages.

8. La version anglaise est encore plus explicite compte tenu de la référence à la théorie de la *rule of law* : « One must move away from the non-interventionist attitude that surrounded the development of the doctrine of the rule of law to a more global conception of the State as an entity bound by and acting through law » ; *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6, 641.

9. *Vidéotron Ltée c. Industries Microlec Produits Electroniques Inc.*, [1992] 2 R.C.S. 1065.

10. *Id.*, 1075.

fait toutefois référence à la *rule of law*, ce qui laisse présager que la Cour suprême ne voit pas de difficultés particulières dans cette association qui permet en quelque sorte de naturaliser l'État de droit en droit public interne. Comme le juge Gonthier a fait directement référence à la notion d'État de droit dans *Nova Scotia Pharmaceutical*¹¹, il est illusoire de ramener cette équivalence à une simple question de traduction en vue de satisfaire aux exigences de diffusion dans les deux langues officielles du Canada. Cette première apparition de l'État de droit en droit public interne est un phénomène d'autant plus intéressant que la Cour suprême a rappelé, en janvier 1993, dans l'affaire relative aux privilèges parlementaires de l'Assemblée législative de Nouvelle-Écosse, que « la Constitution du Canada repose sans aucun doute, dans une large mesure, sur les mêmes grands principes que la Constitution du Royaume-Uni », en précisant, toutefois, que « les deux sont loin d'être identiques »¹².

À la suite de cette convergence apparente de l'État de droit et de la *rule of law*, un premier bilan peut être dégagé en fonction de l'évolution de la conjoncture internationale et des institutions politiques. Par le triple constat de l'internationalisation, de l'indétermination et de l'indifférenciation de la problématique de l'État de droit, ce phénomène d'osmose entre deux référents issus de systèmes différents peut être interprété comme le signe visible de l'acculturation qui caractérise l'évolution actuelle du droit public à la lumière des accords internationaux et de la formation d'un nouvel ordre international. Dans des proportions non négligeables, ce syncrétisme reflète également l'évolution du droit public canadien dans un contexte de dualité linguistique et de biculturalisme.

Ce qui retient d'abord l'attention, c'est l'internationalisation d'une notion dont la diffusion dans le champ politique marque une rupture par rapport à ses origines de droit public. À l'échelle planétaire, tout État qui se prétend civilisé revendique le statut d'État de droit aux fins de l'aide humanitaire ou d'une forme quelconque de reconnaissance de la part de la

11. *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6, 640. L'expression « État de droit » figure également dans le texte de la conférence prononcée devant la section de droit constitutionnel du Barreau canadien : C.D. GONTHIER, « La Charte canadienne des droits et libertés : quelques défis de sa deuxième décennie », 11 mars 1993.

12. *Le président de l'Assemblée législative de Nouvelle-Écosse c. La Société Radio-Canada*, [1993] 1 R.C.S. 319, 353 (j. en chef Lamer). Cette affirmation doit être replacée dans le contexte de l'arrêt puisque le juge Lamer résume l'histoire constitutionnelle du Canada afin de rappeler que celui-ci s'est éloigné du modèle britannique, surtout « au cours des dernières années [...] en raison du rapatriement de la Constitution du Canada en 1982 ». Et il ajoute : « Être semblable en principe ne signifie pas être identique quant aux pouvoirs accordés » (p. 353).

communauté internationale¹³. À cet égard, l'évolution de l'ancien Bloc de l'Est est révélatrice¹⁴ puisque l'un des objectifs fondamentaux de la *perestroïka* était de faire de l'URSS un État de droit, plus exactement un État socialiste de droit, marquant ainsi un net rapprochement avec les conceptions occidentales venues de France et d'Allemagne¹⁵. Il ne s'agissait toutefois que d'un perfectionnement de la légalité socialiste (période du « constitutionnalisme socialiste » des années 1970) sans modification profonde des institutions issues du régime soviétique. Le changement apparaît plus significatif à la lecture de la nouvelle Constitution de la Fédération russe du 12 décembre 1993 dont l'article premier définit la Russie comme « un État de droit fédéral et démocratique¹⁶ », ainsi que dans le projet de

-
13. Issue du démembrement de l'ancienne Yougoslavie, la République de Macédoine en est un bon exemple puisque la qualité d'État de droit a été ouvertement revendiquée par le président Kiro Gligorov en vue de sa reconnaissance par la communauté internationale.
 14. Sur les enjeux politiques de l'« État démocratique de droit » dans les anciennes démocraties populaires, voir S. MILACIC, *loc. cit.*, note 5.
 15. La reconnaissance d'un « État socialiste de droit » résulte d'une décision prise lors de la xix^e Conférence du Parti communiste en juillet 1988, laquelle devait se traduire par l'importante révision constitutionnelle du 1^{er} décembre 1988 qui a permis la création du Comité de surveillance constitutionnelle de 15 membres (art. 111) et le renforcement de l'indépendance des juges. Sur les 174 articles que comptait la Constitution de 1977, 55 ont été ainsi modifiés par le Soviet Suprême de l'URSS. Sur cette réforme constitutionnelle, voir : P. GÉLARD, « La réforme constitutionnelle soviétique du 1^{er} décembre 1988 », *R.D.P.*, 1989, pp. 299-343 ; M. LESAGE, « L'URSS : de la légalité socialiste à l'État de droit », *R.D.P.*, 1989, pp. 271-298 ; J.-Y. MORIN, « Grandeur et misère de l'État de droit en tant que norme universelle », *loc. cit.*, note 4, 110-119 ; V. TOUMANOV, « Russie : l'ancien et le nouveau dans le contrôle de la légalité des actes des organes de l'État », *Études et documents du Conseil d'État*, 1993, 507-516, p. 509. Le Comité de surveillance constitutionnelle a été la victime des vicissitudes qui ont marqué la fin de l'URSS en ayant été dissous une première fois lors du putsch manqué du 19 août 1991. Depuis le 7 octobre 1993, l'activité de cette cour constitutionnelle a été suspendue par décret du président de la Fédération de Russie (dans le contexte trouble des événements d'octobre 1993). Sur l'évolution constitutionnelle des États de l'Europe de l'Est, voir : D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., coll. « Premier cycle », Paris, P.U.F., 1994, 777 pages : « Le droit constitutionnel de la transition démocratique en Europe de l'Est », collaboration de J.-P. Massias.
 16. « Russia is a democratic federative law-governed state with a republican form of government » (traduction (non officielle) de l'agence Itar-Tass). Dans les dispositions du septième chapitre consacré à l'autorité judiciaire, l'article 125 définit les fonctions d'une cour constitutionnelle de 19 juges dont les conditions de saisine et de fonctionnement s'inspirent visiblement du modèle européen de justice constitutionnelle. Cette cour constitutionnelle avait été instituée avant la Constitution du 12 décembre 1993, mais son existence reste encore théorique. Pour les litiges en matières civile, pénale et administrative, c'est par contre l'influence américaine de l'unité de juridiction qui a prévalu avec la création de la Cour suprême de la Fédération russe à l'article 126.

constitution à l'étude en Ukraine¹⁷. Ce mouvement de retour au droit dans les pays de l'Europe orientale¹⁸ se traduit également par la reconnaissance officielle de l'État de droit dans la Constitution bulgare du 12 juillet 1991 (art. 4)¹⁹, ainsi que dans la Constitution roumaine du 21 novembre 1991 (art. 1)²⁰. Cette évolution reflète une volonté évidente de rupture par rapport aux régimes antérieurs afin de renouer avec l'esprit et les finalités des institutions d'avant-guerre, encore ici très marquées par les influences venues de l'ouest du continent. La République fédérale d'Allemagne n'en reste pas moins l'exemple type de ce genre de rupture par le renvoi explicite aux exigences du *Rechtsstaat* dans la formulation de l'article 28 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949²¹. Dans le même esprit, la Constitution espagnole du 27 décembre 1976 reconnaît officiellement l'État de droit dans le préambule et l'article premier²², ainsi que le Portugal dans l'article 2

17. Dans la quatrième version présentée le 27 mai 1993 par le président Leonid Kravchuk au Parlement ukrainien, le préambule fait appel au désir du peuple ukrainien de vivre dans un « État de droit démocratique ». Comme la traduction anglaise fait référence à l'existence d'un « democratic state governed by the rule of law », les risques de méprise sont réels comme en témoigne l'étude de K.H. HOHOL, « The Draft Constitution of Ukraine : An Overview », (1994) 1 *Rev. d'études constitutionnelles* 246-297, puisque l'auteur y voit un rapprochement avec la conception anglo-saxonne de la *rule of law* sans référence à la problématique de l'État de droit (p. 261).

18. P. GRÉMION et P. HASSNER (dir.), *Vents d'Est : vers l'Europe des États de droit ?*, coll. « Recherches politiques », Paris, P.U.F., 1990, 141 pages.

19. « The Republic of Bulgaria shall be a law-governed state » : art. 4 (1), *Constitution of the Republic of Bulgaria*, version officielle de l'Ambassade de Bulgarie, Sofia Press Agency, Sofia.

20. « La Roumanie est un État de droit, démocratique et social » : art. 1 (3), *Constitution de la Roumanie* (version bilingue), éditée par la Régie autonome du Moniteur officiel, Bucarest, 1992.

21. « L'ordre constitutionnel dans les Lander doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social au sens de la présente Loi fondamentale » : art. 28 (1), *Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne du 23 mai 1949*, dans H. OBERDORFF (dir.), *Les Constitutions de l'Europe des Douze*, Paris, La Documentation française, 1992, 369 pages, p. 22. Voir également : A. BLECKMANN, « L'État de droit dans la Constitution de la République Fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, n° 22, 1982, pp. 5-27 ; M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne : l'État de droit », *R.D.P.*, 1984, pp. 1203-1226. Sur le contenu du *Rechtsstaat* à la lumière de la loi fondamentale et de l'interprétation qu'en fait la Cour constitutionnelle fédérale, voir : J.-Y. MORIN, « The Rule of Law and the Rechtsstaat Concept : A Comparison », *loc. cit.*, note 4, 74-80.

22. « La nation espagnole [...] proclame [...] sa volonté de consolider un État de droit qui assurera le règne de la loi » (préambule) ; « L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui défend comme valeurs supérieures de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et le pluralisme politique » : par. 1 (1), *Constitution du Royaume d'Espagne du 27 décembre 1978*, dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 93.

de la Constitution du 2 avril 1976²³. Dans le cas de la France et de l'Italie, malgré l'absence d'une reconnaissance officielle de l'État de droit et du *Stato di diritto* dans les textes constitutionnels, cette notion occupe une place déterminante dans les réflexions de la doctrine publiciste.

Ce que l'État de droit gagne en extension dans le champ politique et constitutionnel, il le perd toutefois en précision sur les limites de ses attributs traditionnels. En comparaison de la conception toute formelle qui a largement dominé son évolution première depuis sa formulation historique par la doctrine allemande au milieu du XIX^e siècle, il est maintenant associé à des qualités particulières qui supposent une orientation nouvelle vers des éléments de finalité : les droits fondamentaux et les droits de la personne en général, la justice, la liberté, la dignité humaine, le respect des minorités, ainsi que la démocratie. Comme le montrent les diverses propositions adoptées lors de la réunion de Copenhague sur la dimension humaine de la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe (CSCE) en juin 1990²⁴, une dilution du contenu originel est perceptible par l'association qui est ainsi faite avec des notions différentes qui n'en entretiennent pas moins des liens complexes avec l'État de droit²⁵. Le renforcement de son contenu juridique et politique par des éléments issus d'une

23. « La République portugaise est un État de droit démocratique » : *Constitution de la République du Portugal du 2 avril 1976*, dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 289.

24. « Ils [les États participants] sont déterminés à soutenir et à promouvoir les principes de justice qui constituent les fondements de l'État de droit. Ils considèrent que l'État de droit ne signifie pas simplement une légalité formelle assurant régularité et cohérence dans l'instauration et la mise en œuvre de l'ordre démocratique mais bien la justice fondée sur la reconnaissance et la pleine acceptation de la valeur suprême de la personne humaine et garantie par des institutions offrant un cadre pour son expression la plus complète » : Deuxième résolution du *Document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, Copenhague, le 29 juin 1990, 45 propositions avec une annexe, pp. 69-89 (pour la version française), p. 71 (pour la deuxième résolution).

25. À titre d'exemple, la troisième résolution de la réunion de Copenhague associe directement la démocratie à l'État de droit : « Ils [les États participants] réaffirment que la démocratie est un élément inhérent à l'État de droit. Ils reconnaissent l'importance du pluralisme des organisations politiques » : *Document de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE*, précité, note 24, p. 71. Cette inflexion du sens originel peut créer des illusions sur le contenu même de l'État de droit : « ce recours à la notion d'État de droit enveloppe, dans la profusion du discours qu'il suscite, des imprécisions et des confusions à la faveur desquelles il entretient autour des libertés et des droits de l'homme des mirages parfois dangereux » ; S. GOYARD-FABRE, « L'État de droit. Problématiques et problèmes », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 24, 1993, 7-21, p. 7. L'étude de Mme Goyard-Fabre offre des perspectives intéressantes sur « l'espérance de liberté attachée à l'État de droit » (p. 13) et sur le pluralisme sémantique du terme « État de droit » (p. 10).

autre filiation accentue ce constat d'indétermination : par amalgame avec tout ce qui constitue les fondements de la philosophie libérale sur le phénomène du pouvoir, l'État de droit risque ainsi de perdre son contenu particulier à titre de notion de droit public. L'évolution de la doctrine publiciste française et allemande confirme pourtant l'existence d'une démarche particulière dans la structuration juridique de l'État par le droit avec, pour corollaire, des enjeux proprement juridiques et des mécanismes formels qui recoupent en partie la problématique de la démocratie²⁶. L'existence d'un État de droit ne peut à elle seule garantir le fonctionnement du jeu démocratique au sens où il est généralement compris²⁷, alors qu'en contrepartie certaines démocraties classiques du monde anglo-saxon ne peuvent correspondre au modèle traditionnel de l'État de droit. Les doutes qui subsistent sur la similitude présumée de l'État de droit et de la *rule of law* en sont probablement le meilleur exemple. Loin de favoriser la progression de l'État de droit, ce risque de dénaturation par indétermination de son contenu soulève de sérieux problèmes pour sa réalisation concrète. Dans la seule perspective du droit public, il ne faut pas perdre de vue que l'État de droit fait appel à une structuration particulière de l'État par le droit. Ce modèle ne correspond pas aux modèles légicentriques traditionnels issus des conceptions britanniques et françaises.

26. L'existence de liens entre l'État de droit et la démocratie libérale n'en est pas moins incontestable : « on peut toutefois, en Europe aujourd'hui, définir a posteriori l'identité de l'État de droit comme une organisation politique et sociale destinée à mettre en œuvre les principes de la démocratie libérale, inscrits notamment dans la Déclaration française des droits de l'homme et le Bill of Rights américain » : L. COHEN-TANUGI, *La métamorphose de la démocratie française. De l'État jacobin à l'État de droit*, 2^e éd., coll. « Folio », Paris, Gallimard, 1993, 244 pages, p. 149. À l'Est, cette association avec les fins libérales et démocratiques est explicite. « L'État de Droit, aujourd'hui, ne se conçoit que démocratique » : S. MILACIC, *loc. cit.*, note 5, 621. Dans une contribution récente, C. Goyard distingue clairement l'État de droit de la démocratie en rappelant toutefois que l'existence du premier est essentiel pour la mise en œuvre de la seconde : C. GOYARD, « État de droit et démocratie », dans *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, 299-314, p. 301. Cette analyse semble juste à la lumière du texte de la « Charte de Paris pour une nouvelle Europe » qui rappelle que « la démocratie est fondée sur le respect de la personne humaine et de l'État de droit » : *Charte de Paris pour une nouvelle Europe*, Sommet de Paris, 19-21 novembre 1990, p. 37 ; W. SCHABAS et D. TURP, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés : notes et documents*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1994, Document 28, p. 189.

27. L'évolution de la conjoncture politique dans la Fédération de Russie depuis l'adoption de la nouvelle constitution du 12 décembre 1993 en offre un bon exemple. Sans qu'on puisse en faire un élément dont la valeur explicative serait globale, il faut constater que la réalisation effective de l'État de droit progresse plus lentement dans les systèmes politiques qui ont subi les influences religieuses, politiques et culturelles du modèle byzantin. Sur « la difficile démocratisation de l'ex-URSS », voir D. TURPIN, *op. cit.*, note 15, p. 640 et suiv.

Le dernier constat repose sur une dimension tout aussi troublante, celle de l'indifférenciation. L'exemple canadien en est une bonne illustration puisqu'il montre l'ampleur des difficultés que fait surgir la formulation de termes correspondants²⁸ pour satisfaire aux exigences de plusieurs langues officielles au sein d'un seul ordre juridique, peu importe qu'il soit national²⁹ ou communautaire³⁰. En favorisant l'emploi d'une terminologie proprement française dans la rédaction des lois et la formulation des arrêts de la Cour suprême, les autorités fédérales ont créé des conditions propices à l'affirmation de la dualité linguistique et juridique du Canada. Cette dualité, essentielle pour le Canada, n'en conduit pas moins à des difficultés qui soulèvent des problèmes importants pour la cohérence du droit public. En effet, tout se passe comme si chaque terme employé dans les versions française ou anglaise des textes officiels et des arrêts pouvait prétendre à un équivalent exact, ou supposé tel, dans l'autre langue, ce qui revient à supprimer, parfois involontairement, des différences fondamentales entre des notions qui relèvent de traditions distinctes. Entre les terminologies française et anglaise de droit public, faut-il rappeler que tout est loin d'être identique ? Les problèmes conceptuels qui découlent de l'association de certains termes — Sa Majesté du chef du Canada, la Couronne, le Gouvernement, l'État, sans omettre « the executive branch of government³¹ » — sont suffisamment notoires pour ne pas craindre ici la répétition du même phénomène par excès de logique associative.

Malgré ces difficultés terminologiques, l'association explicite du droit à la notion d'État reflète la recherche d'un nouvel équilibre en vue de ren-

28. À la lumière de différentes études et documents officiels, l'État de droit a été traduit par les expressions *law-governed state*, *constitutional government*, *rule of law*, *state founded on rule of law*, *state governed by the rule of law*. L'expression *law state* est considérée comme fautive.

29. Dans la version afrikaner de la Constitution du 28 janvier 1994 de la République d'Afrique du Sud, le préambule fait directement référence à l'existence d'un « soewereine en demokratiese regstaat » (un État de droit démocratique et souverain), alors que la version anglaise fait état d'un « sovereign and democratic constitutional state » : *Constitution of the Republic of South Africa Bill*, précitée, note 1.

30. Les documents de la CSCE reflètent cette tendance puisque les résolutions y sont publiées dans six langues. Si la notion de « rule of law » figure dans la version anglaise de ces textes officiels, les versions allemande et italienne reposent sur les notions traditionnelles de *Rechtsstaat* et de *Stato di diritto*. Voir à titre d'exemple la résolution n° 18 du Document de la réunion de Moscou de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE, Moscou, 3 octobre 1991, 44 résolutions.

31. L'expression est traduite de façon littérale par « la branche exécutive du gouvernement » dans la version française des arrêts de la Cour suprême. Pour la terminologie d'expression française en droit public, cette expression est un contresens ou un pléonasme.

forcer le rôle du droit dans le fonctionnement de l'État. Comme le montre l'union des deux termes, droit et État, le droit est appelé à devenir la figure centrale d'un projet où la légitimité de l'État repose sur des éléments plus proprement juridiques. En tant que formule issue de la tradition continentale de droit public, l'État de droit représente un mode de légitimation qui diffère sensiblement du cheminement de la *rule of law* où la prépondérance des considérations de finalité et de certaines valeurs immanentes (équité, *fairness*, justice naturelle, justice fondamentale) a conduit les juristes à fonder la légitimité de l'ordre juridique selon d'autres considérations, notamment du type jusnaturaliste. Ces divergences apparaissent nettement dans leur conceptualisation du droit public puisque le modèle britannique, surtout dans sa dimension de droit administratif, a manifesté une nette préférence à l'égard des garanties de nature politique au détriment des mécanismes juridiques. Désintérêt relatif pour le droit dans un cas, surlégitimation par le droit dans l'autre, ces différences historiques ne sont pourtant pas de nature à empêcher une étonnante synthèse, puisque le Canada s'affirme désormais comme un État de droit orienté vers des éléments de finalité qui découlent encore, par tradition et par généalogie, d'un système fondé sur la *rule of law*. Ce syncrétisme, loin d'être paradoxal, ne ferait que confirmer l'apport spécifique de chaque notion dans l'élaboration d'une double légitimité fondée sur la structuration juridique de l'État par le droit public et l'existence de valeurs référentielles.

1. La primauté du droit dans l'État de droit

Tout en évitant de postuler une différence radicale entre État de droit et *rule of law*, nous constatons que des divergences importantes n'en subsistent pas moins. Réduit à sa plus simple expression, l'État de droit suppose que la liberté d'action de tous les organes de l'État, à quelque niveau que ce soit, doit être limitée par l'existence de normes juridiques supérieures dont le respect est garanti par la saisine éventuelle d'un juge, peu importe qu'il s'agisse de justice constitutionnelle, de justice judiciaire ou de justice administrative³². C'est la subordination de l'État au droit qui en est l'objectif principal avec, pour corollaire, la nécessité d'un contrôle effectif de cette subordination par une autorité indépendante. Cette exigence dépend principalement, mais non exclusivement, de l'existence de

32. Jacques Chevallier en résume ainsi l'essence : « L'État de droit implique que la liberté de décision des organes de l'État est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge. Le juge est donc la clef de voûte et la condition de réalisation de l'État de droit : la hiérarchie des normes ne devient effective que si elle est juridictionnellement sanctionnée » ; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1992, 160 pages, p. 149.

recours juridictionnels. Même si c'est le juge qui apparaît en dernier ressort comme la figure centrale de l'État de droit, il n'en est pas l'unique garant. D'autres autorités contribuent également, dans des proportions importantes, à assurer cette primauté du droit. Au Canada, doivent être signalés les organismes administratifs autonomes investis de missions de contrôle et de surveillance, les ombudsmans parlementaires et administratifs, ainsi que les autorités indépendantes relevant directement du Parlement (les commissions des droits de la personne, la Commission d'accès à l'information au Québec, les vérificateurs généraux, les commissaires spécialisés en droit fédéral, les directeurs des élections qui assurent la régularité formelle des processus référendaires et électifs). Sur cette « essence de l'État de droit », L. Hamon rappelle que « c'est un État dans lequel les décisions prises peuvent appeler le contrôle, voire le concours d'une autorité indépendante des pouvoirs politiques statuant selon certaines procédures contradictoires³³ ». L'État de droit, c'est en définitive la hiérarchie des normes, la multiplication des recours et des garanties formelles, le développement des contrôles, la suprématie du droit constitutionnel et la justice constitutionnelle, la pluralité des autorités indépendantes, la division fonctionnelle des pouvoirs, la nécessité des habilitations pour assurer le fondement des pouvoirs et compétences, l'encadrement du pouvoir discrétionnaire par des normes de toute nature (législatives, réglementaires, administratives), la proclamation de droits fondamentaux dans des chartes et déclarations, l'indépendance des juges et l'émancipation des organes juridictionnels. L'État de droit traduit l'empire du droit et des normes par le « perfectionnisme juridique³⁴ ». La primauté du droit public en serait l'aboutissement.

Ce renvoi explicite au droit en ses règles, mécanismes et principes contribue à faire de l'État de droit un système « autoréférentiel » fondé sur le droit public, un « État du droit public ». Dans cette perspective de juridicisation de l'État par le droit, la légitimité est résolue en grande partie sur des bases intrasystémiques par la seule logique interne du droit et des institutions (faut-il évoquer une conception institutionnelle de l'État de droit ?). Les vertus de ce système reposent avant tout sur des moyens (recours, garanties formelles, contrôles, procédures contentieuses et non contentieuses, droits, tribunaux judiciaires et administratifs, ombudsmans, institutions administratives), ce qui confère une valeur propre à l'efficacité du droit dans l'espoir de parvenir au développement maximal de

33. L. HAMON, « L'État de droit et son essence », *Rev. franc. drt. const.*, 1990, 699-712, p. 709.

34. W. LEISNER, « L'État de droit — une contradiction ? », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, 65-79, p. 69.

ses diverses propriétés (stabilité, cohérence, action curative, prévisibilité, force obligatoire, sanction). Le projet central de l'État de droit s'impose donc comme le droit lui-même, ce qui représente l'aboutissement d'une longue évolution dans la structuration progressive de la puissance publique par le droit. Peu importe qu'il s'agisse du droit public, de la loi ou du droit commun, ce processus d'intégration n'a pas suivi le même rythme ni emprunté des voies similaires au sein des divers pays occidentaux, d'où la nécessité d'une compréhension plus fine de ces deux modèles, *rule of law* et État de droit.

1.1 Genèse et préfiguration

À des fins polémiques, les auteurs libéraux ont voué aux gémonies du despotisme et de l'arbitraire les divers types d'États princiers qui ont précédé l'affirmation constitutionnaliste du XIX^e siècle. Avec le recul du temps, le constat est quelque peu différent car le développement du droit public a été précoce dans la théorie juridique de la Couronne à cause de l'influence du droit romain et du droit canonique³⁵. Contrairement au modèle oriental dont les dérèglements despotiques auront été déterminants pour les réflexions de Montesquieu³⁶, le pouvoir souverain, dans les monarchies occidentales, a été contraint très tôt de respecter des règles coutumières qui ne peuvent être confondues avec la notion de lois fondamentales³⁷. Loin d'échapper à l'emprise du droit, les droits, pouvoirs et prérogatives de la Couronne relevaient d'un statut juridique particulier dont le contenu diffère des lois fondamentales du royaume. Ces dernières avaient un sens plus restreint. Comme le montre l'exemple de la Loi salique dans le cas des Francs Saliens, la succession à la Couronne de France était régie par des droits héréditaires et des règles de dévolution dynastique³⁸.

35. M. DAVID, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IX^e au XV^e siècle*, Paris, Dalloz, 1954, 281 pages ; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600 : Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley, University of California Press, 1993, 335 pages, notamment les chapitres 2 et 3, plus particulièrement p. 90 et suiv. : « The Prince is bound by the Law. » Voir également : B. TIERNEY, « Bracton on Government », (1963) 38 *Speculum* 295-317, p. 299.

36. « Dans les États où il n'y a point de lois fondamentales [...] la conservation de l'État n'est que la conservation du Prince » : C. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748), t. 1, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, 508 pages, pp. 186-188.

37. Les travaux de Mme B. Barret-Kriegel montrent l'importance du droit naturel et des lois fondamentales dans l'évolution des monarchies occidentales avant le XVII^e siècle : B. BARRET-KRIEDEL, *L'État et les esclaves*, Paris, Payot, 1989, 281 pages, p. 62.

38. A. LEMAIRE, *Les lois fondamentales de la monarchie française d'après les théoriciens de l'Ancien régime*, Genève, Slatkine/Megariotis, 1975, 336 pages ; S. RIALS, F. BLUCHE et J. BARBEY, *Lois fondamentales et succession de France*, 2^e éd., Paris, D.U.C., 1984, 47 pages. Certaines dispositions du testament de Louis XIV relatives à la régence et à l'accession des bâtards au trône furent cassées par le Parlement de Paris.

Alors qu'en France la notion de lois fondamentales se limitait en pratique à ces règles successorales, en Angleterre, par contre, elle n'a pas été explicitée de façon à lui attribuer un contenu précis. La notion n'a vraiment été importante qu'au xvii^e siècle dans le cadre de l'opposition politique entre la Couronne et le Parlement³⁹. En principe, ces « lois », entendues dans leur sens générique, s'imposaient au monarque sous la triple forme des lois divines, des lois naturelles et des lois fondamentales⁴⁰. Disparues en France à la Révolution, elles connurent une fin plus précoce en Angleterre lorsque le Parlement devint une assemblée souveraine en 1689⁴¹. En dépit de la relative incertitude de leur contenu, elles auront été déterminantes pour la formulation d'un corpus de règles propres à la Couronne, et ce, en l'absence de tout fondement textuel, puisque leur origine coutumière est liée de près à des traditions politiques, à des filiations institutionnelles, ainsi qu'à des pesanteurs historiques. Même si leur caractère constitutionnel n'a pas été suffisamment clarifié et qu'on les perd un peu de vue dans le contexte de notre époque, largement dominée par la primauté des textes constitutionnels, ces lois fondamentales sont à l'origine du droit constitutionnel et de la notion de constitution⁴².

Bien que la liste de ces lois fondamentales n'ait jamais été établie avec certitude, la juridicité des pouvoirs, privilèges et immunités reconnus à la Couronne reste un fait incontestable pour mesurer l'importance du droit dans le fonctionnement des monarchies occidentales. Pour le droit britannique, il n'est pas exclu que ces pouvoirs et privilèges tirent leur origine de « lois fondamentales » dont le contenu n'aurait pas été explicité avant

39. « [...] il est impossible d'assigner, chez les auteurs du xvii^e siècle, un sens précis à ce terme [lois fondamentales], et [...] il était très vague et mal défini » : J.W. GOUGH, *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1992, 250 pages, p. 10 (traduction de *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Oxford University Press, 1955, 229 pages). Une exception majeure doit néanmoins être signalée : la tentative d'Edward Coke, au début du xvii^e siècle, afin de reconnaître le caractère de loi fondamentale à la common law, thèse qui sera reprise ultérieurement par d'autres auteurs ; J.W. GOUGH, *op. cit.*, chap. III, pp. 39-56.

40. Sur la notion de lois fondamentales en France, C. SAGUEZ-LOVISI affirme qu'« on doit réserver la dénomination de lois fondamentales aux dispositions qui règlent la dévolution du trône [et ses corollaires] et imposent l'inaliénabilité du domaine de la Couronne » : C. SAGUEZ-LOVISI, *Les lois fondamentales au XVIII^e s. Recherches sur la loi de dévolution de la Couronne*, Paris, P.U.F., 1984, 179 pages, p. 12. Voir également J. BARBEY, « Genèse et consécration des Lois fondamentales », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 75-86. Sur les devoirs du souverain dans la France de l'Ancien Régime, se reporter aux œuvres de Jean Bodin (1529-1596) et de Charles Loyseau (1564-1627).

41. Sous la rubrique « No fundamental Law in England », W.I. Jennings rappelle que « The only fundamental law is that Parliament is supreme » : W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, University of London Press, 1959, 354 pages, pp. 64-65.

42. P. BASTID, *L'idée de constitution*, Paris, Economica, 1985, 197 pages, p. 13.

l'affirmation de la souveraineté parlementaire au xvii^e siècle. Quoi qu'il en soit, en droit contemporain, les pouvoirs et privilèges de la Couronne au Canada relèvent du droit constitutionnel. Leur origine coutumière est notoire en dépit des nombreuses dispositions constitutionnelles et législatives qui en explicitent le contenu. Déjà, avant même les bouleversements politiques du xvii^e siècle, le *Crown Law* avait atteint la configuration qu'on lui connaît aujourd'hui par l'existence de nombreuses règles précises pour « les deux corps du Roi⁴³ », tant pour la personne physique de Sa Majesté que pour cette personne morale de droit public si singulière qu'est la Couronne⁴⁴. À la suite de certains événements, notamment la disparition des cours conciliaires lors de la Grande Remontrance du Premier décembre 1641⁴⁵, ces règles particulières sont devenues en grande partie des règles de common law (« the Crown is under the common law »)⁴⁶, même si par ailleurs, elles n'en conservaient pas moins, en matière

43. E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton, Princeton University Press, 1957, 568 pages.

44. F.W. MAITLAND, « The Crown as Corporation », (1901) 17 L.Q.R. 131-146 ; A.E. CURRIE, *Crown and Subject*, Wellington, Legal Publications, 1953, 220 pages ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *La Couronne en droit canadien*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 812 pages.

45. De ces « Conciliar Courts », la « Star Chamber » est restée la plus célèbre puisqu'elle instruisait de nombreux litiges opposant l'Administration royale et les agents de Sa Majesté à des particuliers. L'abolition définitive des Cours conciliaires a été formulée en termes explicites dans le *Bill of Rights* du 13 février 1689 : « la commission ayant érigé la ci-devant cour des commissaires pour les causes ecclésiastiques, et toutes autres commissions et cours de même nature, sont illégales et pernicieuses » (art. I (3)) ; « Institutions du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 154.

46. Plusieurs pouvoirs et immunités découlent toutefois de la Prérogative royale, laquelle, si l'on en juge par le célèbre commentaire de Blackstone (1723-1780), « [is] out of the ordinary course of the common law » : W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, 1^{re} éd., vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, 473 pages, p. 232. À propos de cette affirmation de Blackstone, O. Hood Phillips n'en signale pas moins que les pouvoirs découlant de la Prérogative royale relèvent de la common law : O. HOOD PHILLIPS, *Constitutional and Administrative Law*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1987, 808 pages, p. 263. De même, P.W. Hogg affirme : « The prerogative is a branch of the common law, because it is the decisions of the courts which have determined its existence and extent » ; P.W. HOGG, « *Constitutional Law of Canada* », 3^e éd., Scarborough, Carswell, 1992, 1 478 pages, p. 13. Cette affirmation devrait être nuancée : par ses origines politiques et historiques, la Prérogative royale n'est pas issue des règles de common law. En l'état actuel du droit, « il est difficile de déterminer si un privilège ou une immunité de l'État est une prérogative, ou résulte simplement d'une loi ou d'une règle ordinaire de la common law » ; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *op. cit.*, note 44, p. 72. Une certaine prudence reste nécessaire. En effet, peut-on prétendre, sans s'exposer au ridicule, que les pouvoirs spéciaux dont dispose la Couronne pour la sécurité de l'État, notamment en matière d'espionnage et de contre-espionnage, sont

de droit strict, un caractère exorbitant et dérogoire par rapport au régime général de droit commun. Ces règles, propres à la Couronne⁴⁷, sont à l'origine de principes importants afin de comprendre l'évolution du droit public contemporain, tels, à titre d'exemples, ceux qui concernent le domaine public (insaisissabilité, imprescriptibilité, immunité fiscale)⁴⁸. Cette filiation directe permet de mesurer l'importance et l'ancienneté de ces règles de droit public dans le fonctionnement des monarchies européennes⁴⁹, bien avant l'affirmation du constitutionnalisme au XIX^e siècle⁵⁰.

Peu importe qu'il s'agisse de règles procédurales pour les litiges auxquels la Couronne est partie⁵¹, de règles spéciales concernant la sûreté de la personne du roi et son statut en droit pénal, de l'étendue de la Prérogative

matière de common law ? Il est permis d'en douter. Du fait de leur caractère exorbitant, les pouvoirs issus de la Prérogative royale ne prennent pas leur source dans la common law. Ils ne peuvent toutefois exister en droit public que parce qu'ils ont été reconnus par l'interprétation judiciaire, ce qui revient en quelque sorte à les « naturaliser » règles de common law. Cette nuance est importante.

47. W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 46, chap. VI et VII, p. 226 et suiv. ; J. CHITTY, *A Treatise on the Law of the Prerogatives of the Crown*, Londres, Butterworth, 1820, 500 pages.
48. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. 2, Québec, P.U.L., 1986, 1 393 pages, p. 18. Ces règles ne sont pas intangibles comme en témoigne le nouveau *Code civil* du Québec où « la prescription s'accomplit en faveur ou à l'encontre de tous, même de l'État, sous réserve des dispositions expresses de la loi » : art. 2877 C.c.Q.
49. En France, sous l'Ancien Régime, le droit public avait pour objet d'analyse plusieurs règles et institutions : le Conseil du roi avec ses divers attributs et prérogatives, l'inaliénabilité du domaine de la Couronne, la division du corps social en trois ordres (noblesse, clergé et tiers-État), les règles relatives à l'étendue de la prérogative royale, la justice retenue du roi et les juridictions spéciales, le droit de remontrance des Parlements, pour ne donner ici que ces seuls exemples. Dans le cas des Parlements, il est intéressant de noter que les lois fondamentales ont parfois été invoquées à l'encontre des prétentions absolutistes de la monarchie. Au XVI^e siècle, les monarchomaques (catholiques et protestants réunis) professaient la thèse de l'antique liberté des Francs, lesquels n'auraient jamais abdiqué tous leurs droits politiques en faveur du roi. Les parlementaires revendiquèrent cette liberté fondamentale en vue de fonder la validité de leurs droits d'enregistrement et de remontrances : P. SUEUR, *Histoire du droit public français (XV^e-XVIII^e siècle)*, t. 2 : « Affirmation et crise de l'État sous l'Ancien Régime », coll. « Thémis », Paris, P.U.F., 1989, 601 pages, p. 87.
50. Sur le constitutionnalisme et ses origines, voir : D. TURPIN, *op. cit.*, note 15, p. 73 et suiv. ; M. TROPER, « Le concept de constitutionnalisme et la théorie moderne du droit », dans G. MARSHALL (dir.), *Théorie et pratique du gouvernement constitutionnel : la France et les États-Unis*, La Garenne-Colombes, Éditions de l'Espace européen, 1992, pp. 35-56.
51. L. EHRLICH, « Proceedings Against the Crown (1216-1377) », dans *Oxford Studies in Social and Legal History*, vol. 6, Oxford, Clarendon Press, 1921, pp. 1-274 ; W.S. HOLDSWORTH, « The History of Remedies Against the Crown », (1922) 38 *L.Q.R.* 141-296 ; D.W. MUNDELL, « Remedies Against the Crown », dans *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada*, Toronto, R. De Boo, 1967, pp. 149-182.

royale⁵², ou encore des règles dynastiques sur l'accession au trône, ce premier corpus de droits régaliens suppose l'assujettissement de l'autorité royale au droit plusieurs siècles avant les premiers développements de l'État de droit. Ce constat de juridicisation précoce de la puissance publique par des principes et des règles appelés à devenir, en nombre important, le droit public contemporain⁵³ reste valable pour la plupart, sinon la totalité des monarchies européennes entre le XIII^e siècle et le XVIII^e siècle⁵⁴. Les rapports entre le droit et la Couronne ont d'ailleurs été très complexes comme le montrent, dans le cas de la France, la diversité des formes et techniques juridiques pour les actes royaux (lettres patentes, édits, déclarations, ordonnances), la théorie du pouvoir législatif du roi, le statut de la coutume, les privilèges d'Ancien Régime, l'autorité du droit romain et du droit canonique, l'organisation des recours entre justices déléguées de droit commun, justices déléguées d'exception et justice retenue⁵⁵. Un constat du même type peut être établi également pour l'Angleterre avant la chute des Stuart⁵⁶.

À bien des égards, la juridicisation de la puissance publique aura été un phénomène proprement occidental. Ce jugement doit cependant être nuancé. Comme le montre le fonctionnement de l'Empire ottoman, le modèle oriental était fortement centralisé et structuré par une « législation

52. J. ALLEN, *Inquiry Into the Rise and Growth of the Royal Prerogative in England*, New York, Franklin, 1963, 268 pages ; H.V. EVATT, *The Royal Prerogative*, Sydney, Law Book, 1987, 282 pages.

53. Dans certaines monarchies constitutionnelles comme le Canada, les Pays-Bas, la Grande-Bretagne, le Danemark, la Norvège, l'Australie, pour ne donner que ces seuls exemples, le statut juridique de la Couronne est un élément important du droit constitutionnel et du droit administratif.

54. N. COULET et J.-P. GENET (dir.), *L'État moderne : le droit, l'espace et les formes de l'État*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, 236 pages (ce collectif est largement consacré aux rapports du droit et de l'État, de l'Empire romain jusqu'au XVI^e siècle, avec une riche moisson de contributions de premier ordre) ; voir de même J.-P. GENET (dir.), *L'État moderne : genèse*, Paris, Éditions du C.N.R.S., 1990, 352 pages. Sur la Couronne en tant que préfiguration de l'État, sur la souveraineté, sur l'autorité législative du roi et ses prérogatives judiciaires, voir, pour la France : F. GARRISSON, *Histoire du droit et des institutions*, 2^e éd., t. 1, coll. « Précis Domat », Paris, Montchrestien, 1984, 422 pages. Pour l'Angleterre : W. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, vol. X, Londres, Methuen/Sweet & Maxwell, 763 pages, pp. 339-526.

55. P. SUEUR, *op. cit.*, note 49. Pour certains éléments à l'origine du droit administratif, notamment pour l'apport des droits savants : J.-L. MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1985, 294 pages, p. 89 et suiv.

56. F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1961, 548 pages.

séculière » émanant de la personne du sultan⁵⁷. Aux yeux de ses compatriotes, Soliman le Magnifique (1520-1566) n'était-il pas surnommé « le Kanuni » (le législateur) ? Il ne faut pas toutefois s'y méprendre. Le modèle occidental se démarque par la soumission de la puissance souveraine du prince à des règles de droit⁵⁸. À la fin du xvii^e siècle, en France, ces règles seront désormais identifiées au droit public, l'œuvre de Jean Domat (1625-1695) ayant eu une influence considérable⁵⁹. Rien de tel du côté oriental où l'indifférenciation des organes, la concentration du pouvoir entre les mains d'une personnalité prestigieuse souvent divinisée de son vivant, la confusion systématique du spirituel et du temporel, l'intégration des populations assujetties et du territoire dans le patrimoine personnel du souverain, ainsi que l'absence de hiérarchie politique et juridique qui aurait permis d'opposer un contre-pouvoir, ne permettent pas d'affirmer l'existence de règles fondamentales de droit public, même si par ailleurs, ces empires (Égypte, Perse, Hittite, Assyrie, Chine, etc.) fonctionnaient déjà avec des moyens techniques et administratifs qui seront ultérieurement ceux du système étatique actuel. Entre l'« esprit des lois » et les mécanismes du pouvoir au sein de la Sublime Porte, le contraste pourrait donc sembler absolu, encore que dans son exposé des principes du gouvernement despotique, l'auteur des *Lettres persanes* ait eu quelque indulgence pour le rôle des lois divines, de la Loi coranique en l'occurrence⁶⁰... Les obsessions de Montesquieu pour « ces gouvernements monstrueux⁶¹ » sont trop modernes, trop actuelles, trop immédiates. Elles peuvent encore servir à se prémunir contre la tentation d'oublier certaines considérations qui président à la conservation du prince sans le secours du droit...

57. Le sultan jugeait, commandait et légiférait en exerçant un pouvoir absolu. Les seules limites résultaient de sa soumission aux préceptes islamiques. Il légiférait dans tous les domaines : questions fiscales, droit de propriété, abus de pouvoir des fonctionnaires. Ses décisions étaient rendues publiques par des *firmans* authentifiés grâce à son monogramme personnel, la *tughra*. Il avait également les droits et les devoirs de juge suprême de l'Empire : R. MANTRAN, *Histoire de l'Empire ottoman*, Paris, Fayard, 1989, 810 pages, pp. 167-169.

58. Parmi les devoirs du monarque (*Of the King's Duties*), W. Blackstone en signale un qui apparaît rétrospectivement comme la caractéristique essentielle du modèle occidental : « To govern according to law » ; W. BLACKSTONE, *op. cit.*, note 46, p. 229.

59. J. DOMAT, « Le droit public » (1697) dans *Œuvres complètes*, réédition, t. 3, Paris, Alex-Gobelet, 1835, 587 pages. Voir notamment le titre deux du livre premier : « De la puissance, des droits et des devoirs de ceux qui ont le gouvernement souverain » (p. 19). Blackstone connaissait les ouvrages de Domat.

60. « C'est la religion qui corrige un peu la constitution turque » : C. DE MONTESQUIEU, *op. cit.*, note 36, p. 186.

61. *Id.*, p. 151. Voir également : B. BARRET-KRIEGLER, *op. cit.*, note 37, pp. 42-45.

En contrepartie, il serait illusoire de croire qu'on puisse opposer à l'unité un peu factice du modèle oriental⁶² une seule version du modèle occidental. Dans les divers royaumes de l'Europe occidentale, la genèse de l'État de droit ne procède pas des mêmes choix politiques et institutionnels⁶³. À cet égard, il faut reconnaître que c'est dans l'Angleterre du xvii^e siècle que se manifeste de façon précoce et durable « la première réalité matérielle » de l'État de droit par l'affirmation de la souveraineté du Parlement, de la primauté du droit en sa dimension légiférée (*statute law*). Déjà, avant 1688, quelques tentatives novatrices en vue de limiter par des dispositions écrites les prérogatives des gouvernants avaient échoué : le *First Agreement of the People* du 3 novembre 1647 et l'*Agreement of the Free People of England* du 1^{er} mai 1649⁶⁴, ainsi que l'*Instrument of Government* de 1653 dont l'initiative revient à Cromwell⁶⁵. Si ce n'était du principe de la souveraineté parlementaire, les dispositions du *Bill of Rights* du 13 février 1689 pourraient créer l'illusion d'une survie posthume de la notion de lois fondamentales. En effet, dans le cadre des parties II. à XI., ce texte précise les règles de succession à la Couronne d'Angleterre, notamment pour exclure du trône tous les membres de la famille royale qui professeraient par eux-mêmes ou leur conjoint la religion papiste (partie IX.)⁶⁶. L'immense notoriété de ce texte résulte toutefois de la première disposition, qui limite le pouvoir de l'autorité royale à l'égard du Parlement, tout en réservant à ce dernier certains domaines exclusifs qui ne peuvent faire l'objet d'aucune autre forme d'intervention. Cette première primauté du droit se traduit surtout par la suprématie de l'organe, le culte de l'institution

62. Sur ces débordements de la puissance étatique dans des systèmes qui ne correspondent pas encore à la notion d'État et sur la spécificité du modèle oriental, voir G. BERGERON, *Petit traité de l'État*, coll. « La politique éclatée », Paris, P.U.F., 1990, 263 pages (voir notre recension dans (1990) 33 *Adm. publ. Can.* 675-678).

63. J.R. STRAYER, *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot, 1979, 156 pages, p. 56 et suiv.

64. Dans le « First Agreement » de 1647, les Niveleurs insistent sur certains droits fondamentaux et inviolables des personnes. Dans le « Third Agreement » du 1^{er} mai 1649, ils ont revendiqué l'abolition de la monarchie et de la Chambre des lords au profit d'une chambre unique ; D. FRISON, N. BENSOUSSAN et W. HUTCHINSON, *Civilisation britannique — Documents constitutionnels*, Paris, Ellipses, 1993, 302 pages, pp. 114-115.

65. En dépit des tendances autoritaires d'Oliver Cromwell en sa qualité de « Lord Protector of the Commonwealth of England, Scotland and Ireland », l'*Instrument of Government* du 16 décembre 1653 reconnaissait plusieurs libertés politiques dans une perspective parlementaire : C. BLITZER, *The Commonwealth of England (1641-1660) : Documents of the English Civil Wars, the Commonwealth and Protectorate*, New York, Capricorn Books, 1963, 217 pages, p. 151.

66. Les dispositions relatives à la succession au trône seront confirmées par l'*Act of Settlement* de 1700 : D. FRISON, N. BENSOUSSAN et W. HUTCHINSON, *op. cit.*, note 64, p. 149.

parlementaire, ce qui suppose l'utilisation d'un mode formalisé et «juridicisé» dans l'élaboration de la loi formelle. Le statut juridique du Parlement et des parlementaires ainsi que la procédure parlementaire contribuent puissamment à inscrire la naissance de la loi dans le droit. Mais dans un univers de common law, ce n'est pas de l'«amour des lois» dont il s'agit. Ce n'est pas le droit statuaire qui devient objet de prestige et de vénération, car «pour l'amendement, l'affermissement et l'observation des lois⁶⁷», c'est en fait l'institution parlementaire elle-même qui est au centre du projet politique anglais. Si elle assure «la représentation pleine et libre de la nation⁶⁸», sa puissance peut dès lors devenir illimitée, souveraine, absolue, n'ayant pour seule limite que la réalité matérielle des choses. Le despotisme des Stuart n'aura ainsi servi qu'au transfert complet d'une souveraineté que Charles I (1625-1649) prétendait encore absolue, au profit d'une version nouvelle, «moderne», tout aussi exclusive et impérieuse, celle de l'absolutisme parlementaire.

L'État de droit, dans sa version classique du *Rechtsstaat*, ne correspond pourtant pas à ce modèle de l'absolutisme par le jeu de l'omnicompétence et de l'omnipotence d'une institution dont on redoute désormais les égarements. Si la suprématie parlementaire est définie comme un pouvoir illimité en vue de l'exercice de la fonction législative («lois ordinaires» du Parlement), elle devient incompatible avec les exigences de l'État de droit, lequel suppose le contrôle de constitutionnalité des lois et la suprématie effective du droit constitutionnel sur le corpus législatif⁶⁹. Ce simple rappel permet de mesurer l'apport particulier de la civilisation des Lumières et du libéralisme du XIX^e siècle à la construction théorique de l'État de droit⁷⁰. En revanche, il projette sur l'approche anglaise un éclairage trouble dont il convient de dissiper certains malentendus.

Projet politique avant toute chose par le jeu du débat parlementaire et de la responsabilité ministérielle, le modèle britannique pose en des termes différents la question du droit. Vu de l'extérieur, il apparaît, à certains égards, comme un État de droit inachevé, un système où les qualités virtuelles de la *rule of law*, au sens de la primauté du droit, ont connu un degré

67. Le *Bill of Rights* du 13 février 1689, partie I (13), dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 153. Sur les conséquences de la Révolution de 1689 pour le statut du *statute law*, voir : P. ISSALYS, *loc. cit.*, note 4, 672.

68. Texte préliminaire de la partie I, dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 154.

69. «Au cœur de l'État de droit, il y a donc fondamentalement l'idée de limitation du pouvoir» : J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 59.

70. *Id.*, p. 58. À condition d'établir un lien direct entre la problématique de la souveraineté et l'État de droit, l'influence de Hobbes pourrait être invoquée comme l'affirme F. TINDLAND, «L'État de droit : héritage du XVII^e siècle européen», *Philosophie politique*, n° 1, 1992, pp. 55-65.

d'élaboration moindre que plusieurs États occidentaux. L'absence d'un véritable contrôle de constitutionnalité des lois fondé sur une formulation plus ou moins exhaustive de certains principes dans des textes constitutionnels ainsi que « le refus historique » de l'existence du droit administratif au siècle dernier dans l'ouvrage d'A.V. Dicey (1835-1922)⁷¹ en sont probablement les meilleures illustrations. Cette « retenue » à l'égard des garanties formelles du droit public, à laquelle s'ajoute, dans une perspective historique, un net désintérêt envers une théorie systématique de l'État et de l'Administration, contribue encore de nos jours à démarquer le modèle britannique de l'approche dominante au sein des pays occidentaux.

Ce sentiment d'incomplétude ne peut toutefois servir de prétexte pour diminuer la place réelle du droit dans le système britannique, ce droit qui, toutes proportions gardées, n'en reste pas moins important dans le cheminement des institutions britanniques⁷². Tout comme l'État de droit, son efficacité joue principalement sur deux registres, celui de la structuration des institutions administratives, judiciaires et politiques par le droit, ainsi que la formulation de libertés fondamentales.

Par simple contraste, la centralité de l'État⁷³ dans la théorie de l'État de droit permet de comprendre que la structuration des institutions poli-

71. A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), 10^e éd., Londres, Macmillan, 1967, 535 pages. Ouvrage fatal pour le développement du droit administratif dans les pays de tradition britannique puisque ce domaine du droit a été condamné en termes sévères dans le chap. XII (« Rule of Law compared with Droit administratif » (pp. 328-405)), notamment pour une prétendue incompatibilité avec la *rule of law*.

72. Les ouvrages britanniques de droit public offrent souvent des exemples de remarques critiques sur le rôle du droit dans le fonctionnement des institutions publiques en Grande-Bretagne : « Whatever sense of admiration and wonder we may feel about the stability of British social and political institutions, the claim to be a nation living under law cannot be rationally sustained » ; I. HARDEN et N. LEWIS, *The Noble Lie. The British Constitution and the Rule of Law*, Londres, Hutchinson, 1988, 334 pages, p. 11. Ce constat est trop sévère pour un système qui est à l'origine du développement des principes de common law. Ce n'est peut-être qu'un malentendu car les deux auteurs sont visiblement préoccupés du rôle du droit public en droit constitutionnel, et, à cet égard, leur remarque n'est pas dénuée de tout fondement.

73. O. Beaud affirme d'emblée, dès la première ligne de l'introduction de son étude sur l'État : « La notion d'État appartient sans conteste aux « notions fondamentales du droit » ; n'est-elle pas même la notion fondamentale du droit moderne ? » ; O. BEAUD, « La notion d'État », *Archives de philosophie du droit*, n° 35, 1990, 119-141, p. 119. Si cette centralité reste un fait incontestable, que faut-il penser des systèmes qui fonctionnent sans la notion d'État ? *Quid* du modèle britannique et de ses dérivés ? O. Beaud le constate en notant que, depuis Locke, « la réticence à user du terme d'État deviendra une constante de la littérature anglo-américaine [...] et même de nos jours, l'État continue souvent à être décrit sous le nom de Government ou de Couronne » (p. 122).

tiques par le droit a été plus sélective dans le modèle britannique. Sans État, sans Administration, sans recherche de systématisation théorique de la notion de *Government*⁷⁴, ce modèle propose d'abord et avant tout deux institutions, la Couronne⁷⁵ et le Parlement⁷⁶, ainsi qu'une fonction dont les contours ne sont pas, pour des raisons institutionnelles, aussi denses et précis que les deux précédents : la fonction judiciaire. Leur statut juridique, leurs pouvoirs, privilèges et immunités, sont de première importance pour la compréhension et le fonctionnement de ce qui n'en reste pas moins un appareil d'État. À cet égard, le *Bill of Rights* du 13 février 1689 apparaît comme une charte structurante pour un organe dont on a voulu délibérément assurer la primauté par une autorité exclusive sur de nombreuses matières. Plusieurs compétences nécessitent une intervention législative explicite en étant réservées à l'appréciation du seul Parlement : sanctions pénales de toute nature, taxes et imposition. Par rapport à la société civile, ce texte est également une charte des « droits et libertés »⁷⁷. Droits politiques avant toute chose, ils doivent être replacés dans le contexte plus large des progrès antérieurs, ceux de l'*Habeas Corpus Act* de 1679, de la Grande Remontrance de 1641, du *Bill of Rights* du 7 juin 1628 et de la Grande Charte de 1215⁷⁸.

En dépit de la gloire durable du bref d'*habeas corpus* et du procès par jury, lesquels auront contribué, avec d'autres garanties procédurales, à faire du *criminal law* l'une des grandes réussites du droit public anglais, le modèle britannique s'impose avant tout, dans une perspective de droit public, comme un projet politique. Dans son cheminement historique, le droit public, dans sa réalité propre, n'en a pas été l'élément central en vue d'articuler un projet politique fondé sur des recours et la suprématie effective de mécanismes juridiques contre tous les organes de l'État, Couronne et

74. Comme il existe incontestablement un État britannique, ce constat n'est valable que pour la théorie du droit public et une partie de la science politique dans les pays anglosaxons. Tout est relatif car la Cour suprême du Canada emploie le terme « État » dans la version française de ses arrêts et le terme *government* dans la version anglaise. Sur ces problèmes conceptuels, il est toujours utile de se référer à l'étude de J.D.B. MITCHELL, *L'absence d'un système de droit administratif au Royaume-Uni : ses causes et ses effets*, Études et documents du Conseil d'État, 1964, pp. 211-225.

75. G.L. HAGGEN, « The Functions of the Crown », (1925) 41 *L.Q.R.* 182-194 ; J. BEAUTÉ, « La théorie anglaise de la Couronne », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 113-123.

76. J.G. GRIFFITH et M. RYLE, *Parliament : Functions, Practice and Procedures*, Londres, Sweet & Maxwell, 1989, 538 pages.

77. *Bill of Rights* du 13 février 1689, Texte préliminaire de la Partie I, dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, pp. 153-154.

78. J.C. HOLT, *Magna Carta*, 2^e éd., Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1992, 553 pages.

Parlement inclus (cette précision est essentielle). La reconnaissance tardive, et encore peu satisfaisante, à plusieurs égards, de la responsabilité délictuelle de la puissance publique dans le *Crown Proceedings Act* de 1947 en Grande-Bretagne et dans la loi sur la responsabilité de la Couronne de 1953 au Canada⁷⁹ n'est pas le moindre des paradoxes d'un système ostensiblement orienté vers l'affirmation des droits et libertés dans une perspective toute libérale. Dans le même ordre d'idées, l'évolution du droit de pétition devant les cours (*Petition of Right*) aura été marquée par une longue et laborieuse gestation avant l'adoption du *Petitions of Right Act* en 1860 en Grande-Bretagne⁸⁰. Au Canada, ce n'est qu'en 1970 que les pétitions de droit⁸¹ seront remplacées par une requête qui doit être présentée en Cour fédérale⁸². Cette réticence à l'égard des mécanismes formels du droit public reste un sujet d'étonnement. En vue d'assurer la réalisation effective des idées libérales, les juristes britanniques auraient pu, par hypothèse, être d'ardents défenseurs du droit administratif au XIX^e siècle⁸³. Dans le cadre d'un « substrat » dont le libéralisme est tout aussi manifeste⁸⁴, l'État de droit s'impose, avec une mise en perspective fondée sur le XIX^e siècle, et la première moitié du XX^e siècle, comme la contrepartie de ce modèle par la centralité du droit public dans la structuration juridique de l'État.

1.2 Le contenu originel

Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, R. Carré de Malberg (1861-1935) oriente ses réflexions sur l'État de droit en fonction des travaux de la doctrine publiciste allemande du XIX^e siècle⁸⁵. Les

79. *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), c. C-50.

80. Sur les origines du droit de pétition en Angleterre : H. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, 3^e éd., vol. IX, Londres, Methuen/Sweet & Maxwell, 457 pages, pp. 7-45.

81. *Loi sur les pétitions de droit*, S.R.C. 1970, c. P-12.

82. *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970, c. 10 (2^e supp.) ; L.R.C. (1985), c. F-7.

83. A.V. DICEY, *op. cit.*, note 71, influencé par les conceptions de De Tocqueville, et mal informé de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État en France, n'avait pas compris la dimension libérale du droit administratif.

84. Sur le fondement libéral de l'État de droit, se reporter aux travaux du professeur J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 58 ; *loc. cit.*, note 7, 364.

85. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 7, p. 231 et suiv.

premiers interprètes en ont été Robert von Mohl (1799-1875)⁸⁶, à qui on attribue généralement la paternité du *Rechtsstaat*⁸⁷, ainsi que Friedrich Julius Stahl (1802-1861) et Rudolf von Gneist (1816-1895)⁸⁸. Il faut également signaler la contribution significative de Lorenz von Stein (1815-1890) dans une perspective de science administrative et de droit administratif⁸⁹. En réaction contre l'arbitraire de l'État de police (*Polizeistaat*), où les fondements de l'action administrative n'offraient que peu de garanties pour la population civile⁹⁰, ces professeurs, de tendance libérale⁹¹, étaient

86. La première référence au *Rechtsstaat* apparaît dans son ouvrage : R. VON MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 1^{re} éd., Tübingen, Laupp, 1829-1831, 2 vol., où il expose ses conceptions en vue de dégager « une théorie systématique » du droit constitutionnel et du droit administratif. C'est toutefois dans *Die Polizei-wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates* (traduction : *La science policière selon les principes de l'État de droit*), 1^{re} éd., Tübingen, Laupp, 1832-1834, 3 vol., qu'il explicite davantage le sens et le contenu du *Rechtsstaat* par opposition à l'État de police.
87. « Traitée comme une notion scientifique, la formule d'État de droit apparaît pour la première fois chez le libéral Robert von Mohl » : H. MONHAUPT, « L'État de droit en Allemagne. Histoire, notion, fonction », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 24, 1993, 71-91, p. 78. Voir également : M. FROMONT, *op. cit.*, note 21, p. 1204. Pour une étude plus exhaustive des origines du *Rechtsstaatsprinzip*, voir : J.-Y. MORIN, « Rule of Law and Rechtsstaat », *loc. cit.*, note 4, 20-27.
88. R. VON GNEIST, *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland* (1872), 2^e éd., Berlin, Springer, 1879, 360 pages.
89. Ses nombreux ouvrages ont largement contribué à la fondation d'une science de l'administration, cette dernière n'étant pas dissociée du droit administratif comme le montre le titre de L. VON STEIN : *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts*, 1^{re} éd., Stuttgart, Cotta, 1870, 458 pages (3^e éd., 1887-1888, 3 vol.). Malgré le fait que sa contribution aura été décisive pour la naissance de la science administrative, Lorenz J. von Stein est plus connu pour l'invention de la notion d'« État social » (*sozialer Staat*), ce qui le conduit à infléchir la signification de l'État de droit afin que celui-ci puisse promouvoir le progrès économique et social de tous les membres du corps social (cette allusion à l'ensemble de la société est importante). Le *Rechtsstaat* ne se résume pas à la protection des libertés individuelles puisqu'il insiste davantage sur la garantie de l'égalité de tous devant le droit. Pour Lorenz von Stein, le but de la « science de l'administration » (*Verwaltungslehre*) repose sur « le principe de l'administration sociale », d'où l'importance qu'il accorde aux missions sociales de l'État dans l'élaboration de la théorie du *Rechtsstaat* : E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, 753 pages, pp. 96-99.
90. Claude Emeri associe l'État de police à un niveau de développement du droit qui correspond à l'*habeas corpus* en Angleterre et au recours pour excès de pouvoir en France : C. EMERI, « L'État de droit dans les systèmes polyarchiques européens », *Rev. franc. dr. const.*, 1992, n° 9, 27-41, p. 29. Cette association est peu flatteuse pour les juristes et ne correspond pas au sens qui avait été attribué par la doctrine publiciste du xix^e siècle. Une définition « classique » en a été faite par R. Carré de Malberg en 1920 : « L'État de police est celui dans lequel l'autorité administrative peut, d'une façon discrétionnaire et avec une liberté de décision plus ou moins complète, appliquer aux citoyens toutes les mesures dont elle juge utile de prendre par elle-même l'initiative, en vue de faire face aux circonstances et d'atteindre à chaque moment les fins qu'elle se

préoccupés par la nécessité d'assujettir l'État à des règles préexistantes de portée générale dans ses rapports avec les administrés. Ils revendiquaient également la création de recours juridictionnels devant des tribunaux indépendants. Comme le droit implique l'idée de limitation, ils estimaient que l'exercice des fonctions étatiques par un pouvoir monarchique non assujetti à des règles précises ne correspondait pas aux exigences d'une conception libérale du droit. Cette dimension de droit positif représente une rupture considérable dans le processus de juridicisation de la puissance publique, tant par rapport au droit naturel⁹² que par rapport aux « premières libertés » inscrites dans les lois fondamentales et le droit coutumier. En effet, le programme initial du *Rechtsstaat* reconnaît une place centrale au droit public en vue d'assurer la réalisation concrète des revendications de la philosophie libérale du XIX^e siècle. Dans le cas de l'Allemagne, l'influence de l'œuvre de Wilhelm von Humboldt (1767-1835) a été importante⁹³, ainsi que la philosophie politique de Kant (1724-1804), encore plus déterminante par l'association explicite du droit public à la notion d'État⁹⁴.

propose » : R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 7, p. 488. Pour la doctrine libérale de l'époque, cette absence apparente de cadre juridique correspond au stade du despotisme princier du XVIII^e siècle. Pour donner un exemple, tel serait le cas de l'emprisonnement des huguenots dans la France de Louis XV, simple mesure de police administrative relevant de l'autorité des intendants en vue d'assurer la paix du royaume (après la révocation de l'Édit de Nantes en 1685). C'est dans cette perspective que Henri Berthélemy, dans sa préface de l'ouvrage d'Otto Mayer, en 1903, oppose le « régime de la légalité » au « régime de la police » : « L'administration de l'ancienne monarchie française était essentiellement discrétionnaire. Elle n'était contenue par aucune règle juridique. C'est très improprement qu'on aurait pu parler en ce temps de droit administratif puisqu'il n'existait aucune limite précise aux pouvoirs des agents du roi, aucune procédure obligatoire pour l'exercice de leurs fonctions, aucunes libertés [sic] que les ~sujets~ pussent faire prévaloir sur les commandements donnés au nom du ~Souverain~ » ; préface de l'ouvrage d'O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, t. 1, Paris, Giard et Brière, 1903, 318 pages, I-VIII, pp. I-II. Si cette appréciation de H. Berthélemy s'avère juste quant à l'« État de police », elle reflète en revanche les préjugés de l'époque libérale sur l'Ancien Régime. Les recherches récentes montrent au contraire l'importance des règles de droit public dans le fonctionnement de l'Administration sous l'Ancien Régime : J.-L. MESTRE, *op. cit.*, note 55, p. 153 et suiv.

91. Une exception doit être signalée, celle de F.J. Stahl, plus proche du libéralisme conservateur du type luthérien et de la monarchie constitutionnelle.
92. S. VON PUFENDORF, *Du droit de la nature et des gens*, 2^e éd., Amsterdam, Pierre de Coup, 1712, 2 vol.
93. W. VON HUMBOLDT, *The Limits of State Action* (1791), Cambridge, University Press, 1969, 145 pages ; M. SCHAUB, « Wilhelm von Humboldt : l'État de droit comme État limité », dans J. BIDET et G. LABICA (dir.), *Libéralisme et État de droit*, coll. « Philosophie », Paris, Méridiens Klincksieck, 1992, pp. 19-30. L'influence de Humboldt a été importante dans l'élaboration de l'ouvrage de J. STUART MILL, *On Liberty*, 2^e éd., Londres, Parker & Son, 1859, 207 pages, notamment pour la 4^e partie (« Of the Limits to the Authority of Society over the Individuals »).

Avec le recul du temps, cette étape correspond à la naissance du droit constitutionnel et du droit administratif sur le continent européen. Cette transformation suppose la répartition des fonctions de l'État entre des organes dont les compétences sont déterminées avec précision par un texte constitutionnel et par la loi, et surtout, fait capital, la « découverte » que la société est un milieu fondamentalement distinct de l'État et ayant ses propres lois, ce qui suppose la réciproque pour l'État, et, enfin, l'aménagement précis des rapports entre l'État et la société civile, notamment par l'énumération explicite et solennelle de droits fondamentaux opposables aux gouvernants⁹⁵. Ce partage du monde entre deux sphères, publique et privée, est l'un des éléments essentiels de la philosophie libérale du type franco-allemand. D'où cette volonté explicite des professeurs de droit afin d'assurer l'articulation cohérente et « systématique⁹⁶ » du droit public et du droit privé. L'autonomie de la personne et ses libertés fondamentales rejoignent ainsi, à titre de contrepartie, le processus de reconnaissance des attributs spécifiques de l'État par un droit qui lui est propre, distinct sur le plan des principes. Une étape décisive est franchie lorsque Otto von Gierke (1841-1921) affirme que l'État est une collectivité organique distincte de la société civile, ce qui correspond à la reconnaissance de la théorie de la personnalité morale de l'État⁹⁷. Cette évolution reflète l'importance de la théorie hégélienne de l'État au sein de l'École allemande de droit public⁹⁸.

Pour la pensée juridique allemande du XIX^e siècle, le droit est conçu comme produit de l'État, ce qui oblige ce dernier, en toute logique, à définir par des garanties formelles les droits et recours des individus. Distinct de la société civile, l'État ne peut être soumis aux règles du droit commun lors-

94. A. TOSEL, *Kant révolutionnaire. Droit et politique*, Paris, P.U.F., 1988, 124 pages, p. 62 et suiv. sur la question du droit public et de l'État. Voir également : J.-Y. MORIN, « Rule of Law and Rechtsstaat », *loc. cit.*, note 4, 23-25 ; H. MONHAUPT, *loc. cit.*, note 87, 76-77.

95. E. FORSTHOFF, *op. cit.*, note 89, pp. 94-102.

96. Peu importe qu'il s'agisse de « systématisation du droit administratif » ou d'une « répartition systématique des fonctions de l'État », le terme *systematisch* revient constamment dans l'ouvrage de E. Forsthoff, ce qui reflète assez bien l'approche de la science juridique allemande : E. FORSTHOFF, *op. cit.*, note 89, pp. 94-95.

97. Gierke était un partisan de la théorie du *Rechtsstaat* : W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1965, 566 pages, pp. 187-190. Cette théorie de la personnalité morale de l'État a été introduite en droit public français au début du siècle : L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, L.G.D.J., 1906-1909, 2 vol. Carré de Malberg consacre le premier chapitre de son ouvrage à cette question : R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 7, pp. 11-50.

98. D. BOUTET, *Vers l'État de droit : la théorie de l'État et du droit*, coll. « Logiques juridiques », Paris, L'Harmattan, 1991, 271 pages, p. 173 et suiv. ; J.-P. GUINLE, « Réflexions sur l'État hégélien », *Les Études philosophiques*, 1980, pp. 145-165.

qu'il agit comme personne publique. Pour répondre à ces impératifs de structuration du droit public et du droit administratif, c'est bien de la seule positivité du droit dont il s'agit : 1) élaboration d'un corpus de règles législatives et réglementaires afin de baliser de façon précise l'action administrative et d'assurer le fondement des pouvoirs de l'Administration, 2) apparition du contrôle de légalité par le moyen de recours juridictionnels. Cette évolution a été interprétée par les publicistes allemands comme la preuve tangible d'un programme d'autolimitation de l'État par le droit. La fin du XIX^e siècle a en effet été marquée par un débat qui aura failli être fatal à la conception libérale de l'État de droit.

La dimension libérale du *Rechtsstaat* a été négligée ou pervertie par la génération subséquente, celle des « publicistes de l'Empire⁹⁹ », tels Karl von Gerber (1823-1891)¹⁰⁰, Georg Jellinek (1851-1911)¹⁰¹, Rudolf von Ihering (1818-1892)¹⁰², Paul Laband (1838-1918)¹⁰³, ce dernier ayant connu une notoriété durable du fait de sa célèbre théorie du *Herrscher*¹⁰⁴. À cause de l'importance de la filiation hégélienne dans la pensée allemande¹⁰⁵ et de

99. Sur la contribution des publicistes de l'Empire au développement du droit public allemand, voir E.V. HEYEN, « Les classiques de l'empire chez les publicistes de la République fédérale : référence ou révérence ? », *Droits*, n° 7, 1988, pp. 109-119.

100. K.F.W. VON GERBER, *Grundzüge des deutschen Staatsrechts* (1^{re} éd. : 1865, 2^e éd. : 1869), 3^e éd., Leipzig, B. Tauchnitz, 1880, 264 pages.

101. G. JELLINEK, *L'État moderne et son droit*, coll. « Bibliothèque internationale de droit public », Paris, Giard et Brière, 2 vol. (traduction de *Das Recht des modernen Staates*, Berlin, Verlag von O. Haring, 1905, 2 vol.), t. 1 : « Théorie générale de l'État », 1911, 574 pages ; t. 2 : « Théorie juridique de l'État », 1913, 593 pages.

102. R. VON IHERING, *L'évolution du droit*, Paris, Marescq, 1901, 400 pages (traduction de *Zweck im Recht*, 1877-1883). Les travaux de R. von Ihering se situent davantage dans la perspective plus générale de la théorie du droit, avec toutefois de nombreux développements consacrés à la question de l'État, du droit public, de la souveraineté.

103. P. LABAND, *Le droit public de l'empire allemand*, Paris, Giard et Brière, 1900-1904, 6 vol. (traduction de *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 1876-1882, 3 vol.).

104. P.M. GAUDEMET, « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *R.D.P.*, 1989, pp. 957-979.

105. Aux premiers théoriciens du *Rechtsstaat* (R. von Mohl, R. von Gneist, L. von Stein), on oppose souvent l'œuvre de Hegel, lequel insiste davantage sur « l'État-puissance » (le *Machtstaat*) en cherchant à établir la suprématie de l'État sur le droit : J.-F. KERVÉGAN, « Hegel, l'État, le droit », *Droits*, n° 16, 1993, pp. 21-32. C'est en fonction d'une radicalisation de la pensée hégélienne que Carl Schmitt (1888-1985) critiquera les fondements de l'État libéral, notamment par une dénonciation constante et systématique de la notion d'État de droit : C. SCHMITT, *Théorie de la constitution (Verfassungslehre)*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1993, 576 pages, pp. 263-276. Sur C. Schmitt et l'État de droit, voir : O. BEAUD, « La critique de l'État de droit chez Carl Schmitt », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 24, 1993, 111-125 ; P. PASQUINO, « État de droit et démocratie. À propos de la Verfassungslehre de Carl Schmitt », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n° 24, 1993, 95-108, p. 96.

l'influence de Hobbes¹⁰⁶, les publicistes de l'Empire ont davantage orienté leurs travaux sur les fondements juridiques de la souveraineté de l'État en fonction de l'identité droit/État¹⁰⁷. En affirmant que l'État est l'unique source du droit¹⁰⁸, ils ont favorisé une théorie de l'autolimitation de l'État par le droit qui les éloignait singulièrement de l'idée d'hétérolimitation qui repose sur la dualité droit/État¹⁰⁹. Cette dualité, essentielle pour satisfaire aux exigences de l'approche libérale, n'en avait pas moins été formulée clairement par les générations précédentes, notamment par Robert von Mohl et Lorenz von Stein¹¹⁰.

En dépit de ces difficultés liées au contexte politique de l'époque (l'œuvre de Paul Laband répondait aux attentes de l'Allemagne de Bismarck), le thème du *Rechtsstaat*, dans son acception libérale, s'est imposé de façon plus durable grâce aux travaux d'Otto Mayer (1846-1924), considéré de nos jours comme le véritable fondateur du droit administratif allemand¹¹¹. Le cadre théorique d'Otto Mayer repose sur l'État de droit, qu'il oppose aux formules qui l'ont précédé, celles de l'État patrimonial et de l'État de police. Dans son ouvrage intitulé *Le droit administratif allemand* (qu'il a lui-même rédigé en français)¹¹², il expose les éléments essen-

106. F. RANGEON, *Hobbes : État et droit*, coll. « Meta », Paris, Hallier/Albin Michel, 1982, 218 pages, p. 101 et suiv. Cet ouvrage offre une réflexion originale et intéressante sur Hobbes et la théorie institutionnelle de l'État (pp. 117-154).

107. Les rapports entre souveraineté de l'État, souveraineté constituante et souveraineté du peuple ont été analysés, dans une perspective française, par : O. BEAUD, *La puissance de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1994, 512 pages, p. 208.

108. « Le développement historique de la souveraineté montre que ce concept exprime la négation de toute subordination de l'État à l'égard d'un autre pouvoir, la négation de toute limitation de l'État par un autre pouvoir », et encore, « La souveraineté doit désigner, en outre, un pouvoir illimité et non limitable » : G. JELLINEK, *op. cit.*, note 101, t. 2, pp. 126-127.

109. Sur la dialectique autolimitation/hétérolimitation, voir J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 7, 348-359.

110. E. FORSTHOFF, *op. cit.*, note 89, pp. 94-97.

111. « Otto Mayer [...] mérite d'être appelé le créateur véritable et le représentant classique de la méthode moderne du droit administratif allemand » : E. FORSTHOFF, *op. cit.*, note 89, p. 105. Cette « paternité » a été contestée récemment par T. ISHIKAWA, *Friedrich Franz Mayer, Begründer der juristischen Methode im deutschen Verwaltungsrecht*, Berlin, Duncker und Humblot, 1992, 264 pages, au profit de Friedrich Franz Mayer (1816-1870), professeur de droit administratif à Tübingen. C'est néanmoins le nom d'Otto Mayer, en sa qualité de professeur de droit administratif à Strasbourg, qui est passé à la postérité. Strasbourg était rattachée à cette époque (1870-1918) à l'Allemagne.

112. O. MAYER, *Le droit administratif allemand* (préface de H. Berthélemy), coll. « Bibliothèque internationale de droit public », Paris, Giard et Brière, 1903-1905, 4 vol. (Traduction française par l'auteur de *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1895-1896 (1^{re} éd.), 1924 (3^e éd.), 2 vol. Son premier ouvrage avait été consacré au droit administratif français : *Theorie des Französischen Verwaltungsrechts*, 1886.)

tiels du *Rechtsstaat* en fondant son approche sur la notion d'« État constitutionnel », ainsi que sur l'existence d'un droit administratif distinct (« droit public administratif ») avec, pour corollaire, « une juridiction administrative indépendante »¹¹³. Bien que cette autonomie du droit administratif n'ait correspondu que partiellement au droit allemand de l'époque (des tribunaux administratifs n'en avaient pas moins été créés entre 1870 et 1880), le système préconisé par Otto Mayer devait exercer une influence considérable dans le monde germanique par sa méthode et ses conceptions, notamment par le fait que « l'action de l'administration doit être dirigée, autant que possible, par des règles de droit »¹¹⁴. Avec le recul du temps, il ne faut pas s'étonner que ce soient d'abord des professeurs de droit administratif qui aient réclamé cette limitation de l'État par des règles de droit, puisque la fonction exécutive était considérée, dans une perspective libérale, comme la plus dangereuse en fait d'atteintes potentielles aux droits et libertés des personnes privées. C'est en quelque sorte le premier stade de l'État de droit, le second résultant de la soumission ultérieure de la puissance législative aux exigences du droit constitutionnel.

Même si Otto Mayer refuse d'attribuer une origine purement allemande au *Rechtsstaat* en invoquant l'influence des Lumières françaises (Rousseau, Montesquieu, les diverses constitutions de la Révolution)¹¹⁵, la doctrine française n'en a pas moins réagi avec prudence à l'égard des thèses professées par l'École allemande de droit public. Cette réticence résultait surtout de craintes envers les conceptions élaborées outre-Rhin à propos de l'autolimitation de l'État par le droit¹¹⁶. Si l'on excepte la préface de Henry Berthélemy parue en 1903 (défavorable à l'égard de cette conception de la souveraineté mais favorable en substance aux idées élaborées par Otto Mayer)¹¹⁷, les premières réactions, essentiellement critiques et négatives

113. *Id.*, t. I, 1903, 318 pages, pp. 64-82.

114. *Id.*, p. 77.

115. « Rien n'est plus erroné que les tentatives faites pour revendiquer, comme une particularité allemande, l'idée du *Rechtsstaat*, de l'État sous le régime du droit » : O. MAYER, *op. cit.*, note 112, t. 1, p. 81. L'œuvre de W. VON HUMBOLDT (1767-1835), *op. cit.*, note 93, confirme la justesse de cette remarque d'O. Mayer : *Idées sur les Constitutions, À propos de la nouvelle Constitution française (Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Konstitution veranlasst)* (1791), et surtout, *Essai pour définir les limites de l'action de l'État (Ideen zu einem Versuch die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen)* (1791), (*The Limits of State Action*) ; M. SCHAUB, « Wilhelm von Humboldt : l'État de droit comme État limité », dans J. BIDET et G. LABICA (dir.), *op. cit.*, note 93. Sur l'influence de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en droit public allemand au XIX^e siècle, voir : C. STARCK, « La Révolution française et le droit public en Allemagne », *R.I.D.C.*, 1990, pp. 251-272.

116. J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 7, 348-352.

117. O. MAYER, *op. cit.*, note 112.

tives, auront été celles d'Adhémar Eismein (1848-1913)¹¹⁸ et de Léon Duguit (1859-1928)¹¹⁹. Dans un opuscule paru en 1919, Léon Duguit ne voyait dans le *Rechtsstaat*, traduit explicitement par « État de droit », qu'« un effort ingénieux, du reste stérile, pour concilier cette toute-puissance de l'État avec un droit public s'imposant à lui¹²⁰ ». Dénoncée à titre de « pur sophisme », cette autolimitation de l'État ne lui paraissait qu'illusoire : « Si l'État [...] n'est soumis au droit que parce qu'il le veut bien, quand il le veut et dans la mesure où il le veut, en réalité il n'est point subordonné au droit¹²¹. »

Malgré le contexte assez trouble des relations franco-allemandes à l'époque, cette critique reflète avant tout les préoccupations de la doctrine publiciste française du début du siècle, encore imprégnée de la doctrine révolutionnaire des droits de la personne et visiblement soucieuse de l'absence de portée juridique effective de la Déclaration de 1789. Aux yeux des figures les plus marquantes de l'époque, tels Léon Duguit (1859-1928) et Maurice Hauriou (1856-1929), il ne s'agissait pas tant de défendre le contenu effectif de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789), que de démontrer l'idée selon laquelle l'État, à titre d'organe de la volonté des gouvernants (cette thèse « volontariste » n'est pas très éloignée des conceptions allemandes), doit être subordonné à un ordre objectif qu'il n'a pas lui-même créé (solidarité sociale chez Duguit et constitution sociale

118. Cette critique remonte à la 5^e édition (1909) : A. EISMEIN, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1927-1928, 2 vol., où il condamne les conceptions allemandes et les idées défendues par Duguit. L'expression « État de droit » ne figure pas dans son ouvrage. Il s'oppose à la problématique de l'autolimitation qui paraît peu compatible avec la réalité du pouvoir constituant : « Cette thèse [il fait allusion à la théorie du *Herrscher*] qui nie la souveraineté et le pouvoir constituant n'est point d'ailleurs nouvelle, mais seulement rajeunie par l'invocation de quelques idées, assez vagues d'ailleurs, qui ont aujourd'hui la faveur, soit en France, soit en Allemagne, comme le principe de la solidarité humaine et la conception de la règle de droit se suffisant à elle-même » (vol. 1, 648 pages, p. 52).

119. « Dire avec Ihering, Jellinek et Carré de Malberg que l'État est limité par le droit parce qu'il s'impose à lui-même cette limitation, c'est malgré les termes savants dont on se sert, une simple plaisanterie, parce qu'une obligation qu'on se crée à soi-même et à laquelle on peut se soustraire quand et comme on le veut n'est point une obligation » : L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel* (1^{re} éd., 1911, 2 vol.), 2^e éd., t. 1, Paris, Boccard, 1921-1925, 593 pages, p. 496.

120. L. DUGUIT, *La doctrine allemande de l'auto-limitation de l'État*, Paris, Giard et Brière, 1919, 32 pages, p. 8. La version anglaise de ce texte avait été publiée en novembre 1917 dans la *Harvard Law Review* : L. DUGUIT, « The Law and the State », (1917-18) 31 *Harv. L. Rev.* 1-185, notamment « The German Doctrine of Public Law and the Metaphysical Conception of the State » (pp. 119-144). L'œuvre de G. Jellinek était pour Duguit le produit direct de l'influence de Kant et de Hegel (p. 123).

121. L. DUGUIT, *op. cit.*, note 120, pp. 9-10 et *loc. cit.*, note 120, 124.

chez Hauriou)¹²². En exprimant l'idée que la Déclaration de 1789 reflète une loi d'une autre nature dont le fondement se situerait dans le positivisme sociologique, ils affirmaient l'existence d'un « ordre juridique objectif¹²³ », distinct de l'État, dans la perspective de l'hétérolimitation de ce dernier par un droit qui lui reste extérieur¹²⁴. Au-delà des enjeux théoriques liés au développement du positivisme comtien en France et de certaines conceptions jusnaturalistes soutenues par le texte même de la Déclaration, les préoccupations de la doctrine publiciste française n'en avaient pas moins pour objet immédiat la valeur contraignante du texte de 1789. Faute de pouvoir sanctionner son opposabilité en droit positif, la Déclaration ne pouvait guère servir de frein à l'expression de la volonté générale dans un contexte de suprématie parlementaire.

Cette réception de la théorie de l'État de droit en France doit en effet être replacée dans le contexte du régime parlementaire de la III^e République où la Constitution de 1875 n'apportait pas de limites précises à la souveraineté de l'organe législatif, ce qui montre bien l'étroite parenté des conceptions française et britannique quant au statut du Parlement et à la prééminence de la loi. C'est dans ce cadre qu'il faut situer la parution en 1920 de la *Contribution à la théorie générale de l'État* de Raymond Carré de Malberg¹²⁵, auquel fait référence le juge Gonthier dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*¹²⁶. En opposant l'État légal à l'État de droit¹²⁷, Carré de Malberg partage les préoccupations de ses contemporains sur l'ineffectivité de la Déclaration de 1789. Il critique le régime de 1875, celui de l'État légal, dans lequel il ne voit que l'expression d'une doctrine de la souveraineté nationale qui « tend purement et simplement à assurer la suprématie du Corps Législatif et n'implique que la subordination de l'administration aux lois » sans que ce système puisse garantir « des droits individuels qui doivent demeurer au-dessus des atteintes du législateur »¹²⁸. À cet égard, l'État légal apparaît comme une forme spéciale de

122. P. RAYNAUD, « Des droits de l'homme à l'État de droit », *Droits*, n° 2, 1985, 61-73, p. 63.

123. L. DUGUIT, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, 623 pages.

124. J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 7, 352-359. Dans l'œuvre de L. Duguit, l'influence du positivisme sociologique d'Auguste Comte a été déterminante en vue d'accréditer l'idée d'un « consensus fondamental de l'organisme social » par le moyen de la solidarité sociale. Sur le solidarisme et la solidarité sociale, voir : J.-F. NIORT, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *Rev. rech. jur.*, 1994, 773-794.

125. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 7.

126. *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6.

127. M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit*, Paris, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 389 pages.

128. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 7, pp. 491-492.

gouvernement fondée sur la suprématie parlementaire (au sens d'un « État de lois » ou d'un « État du règne de la loi »), alors que l'État de droit se concilie davantage avec la diversité des régimes politiques, à la condition toutefois que les citoyens puissent se prévaloir du « pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle¹²⁹ ». L'État de droit renvoie directement à la notion de recours et à la fonction juridictionnelle, surtout dans la perspective du contrôle de constitutionnalité des lois fondé sur l'existence d'une charte ou d'une déclaration. L'État légal, à titre d'État légicentrique, ne constituait, pour Carré de Malberg, que la première version de l'État de droit. Le premier n'est qu'une forme d'État « qui organise la suprématie du législateur à travers le règne de la loi formelle [...] et qui, par conséquent, n'offre aucune garantie sérieuse contre l'éventuel arbitraire du législateur¹³⁰ ». Tout en invoquant la nécessité de soumettre le fonctionnement de l'État à un ordre objectif préétabli, Carré de Malberg n'en accueille pas moins favorablement la thèse de l'autolimitation. Cette dimension est très importante pour suivre le cheminement des conceptions franco-allemandes sur le sujet. En effet, le rejet des thèses jusnaturalistes par Carré de Malberg¹³¹ confirme la « positivité » de l'État de droit. À la lumière de sa conception originelle, son existence dépend avant toute chose de mécanismes et de règles de droit positif, avec pour corollaire une « publicisation » du droit fondée sur la reconnaissance de la spécificité de l'État. Pour des raisons qui ne sont pas du même type, les doctrines publicistes française et allemande étaient à l'époque foncièrement hostiles au jusnaturalisme et au subjectivisme métaphysique dans le but de fonder la légitimité de l'État sur la seule positivité du droit et des institutions. La démarche franco-allemande doit être interprétée comme l'illustration d'un effort de rationalisation scientifique de l'État et du droit public¹³².

Ainsi donc, en 1920, Carré de Malberg avait dégagé une conception de l'État fondée sur son assujettissement effectif au droit public par des règles

129. *Id.*, pp. 489-490 ; M.-J. REDOR, *op. cit.*, note 127, p. 13.

130. M.-J. REDOR, *op. cit.*, note 127, p. 14.

131. « Toute la doctrine de Carré de Malberg tend en effet à établir que l'idée de droit naturel est une contradiction dans les termes et que l'État souverain ne peut être limité que par les règles qu'il a lui-même créées » : P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 122, p. 63. L'œuvre de Carré de Malberg s'inscrit dans un cadre résolument moderne par sa conception de la spécificité de la science juridique et par une séparation rigoureuse du droit et de la morale : P. RAYNAUD, « Droit naturel et souveraineté nationale dans la pensée juridique française. Remarques sur la théorie de l'État chez Carré de Malberg », *Commentaire*, n° 22, 1993, pp. 384-393 ; G. BURDEAU, « Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine », *R.D.P.*, 1935, pp. 354-381.

132. M.-J. REDOR, « L'État dans la doctrine publiciste française du début du siècle », *Droits*, n° 15, 1992, pp. 91-100.

et des recours. Il rejoint directement les préoccupations de cette fin de siècle sur l'État de droit et le développement de la justice constitutionnelle. Pourtant, ses idées n'ont guère entraîné de modifications dans le fonctionnement des institutions des III^e et IV^e Républiques. Ce fait peut être expliqué de deux façons.

Dans un premier temps, c'est la méfiance traditionnelle à l'égard des juges qui a prévalu puisque l'idée d'un contrôle de constitutionnalité des lois ne pouvait que raviver certaines craintes à l'égard du gouvernement des juges. Issues de l'attitude de la Révolution à l'égard de la justice sous l'Ancien Régime¹³³, ces craintes étaient entretenues et ravivées par l'image que projetait le modèle américain, dont on savait depuis les analyses de De Tocqueville (1805-1859) que les juges y possédaient un pouvoir considérable¹³⁴. En dépit de l'accueil favorable de Charles Eisenmann (1903-1980) envers la justice constitutionnelle¹³⁵ et de la modernité de ses vues¹³⁶, la hantise à l'égard du gouvernement des juges n'en subsistait pas moins¹³⁷. Le deuxième facteur, encore plus déterminant, a été la transformation latente du système politique français en État administratif. Après la Première Guerre mondiale, l'importance accrue du Gouvernement et de l'Administration dans l'organisation des services publics a favorisé la prépondérance du droit administratif, plus particulièrement celle de ses deux

-
133. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, L.G.D.J., 1970, 317 pages, pp. 58-81 ; M. VERPEAUX, « La notion révolutionnaire de juridiction », *Droits*, n° 9, 1989, pp. 33-44 ; P. OURLIAC, « La puissance de juger : le poids de l'histoire », *Droits*, n° 9, 1989, 21-32, p. 31.
 134. « Le juge américain [...] est revêtu d'un immense pouvoir politique » : A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (1835-1840), Paris, Garnier-Flammarion, 1981, 2 vol., t. 1, 569 pages, p. 169.
 135. C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche* (rééd. de l'éd. originale de 1928), Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, 383 pages.
 136. L. FAVOREU, « La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle », dans P. AMSELEK (dir.), *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris/Aix-en-Provence, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1986, pp. 85-101.
 137. E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, Giard, 1921, 276 pages. B. Barret-Kriegel rappelle que « [l]a méfiance à l'égard du gouvernement des juges a peut-être longtemps entravé les progrès de l'État de droit — Qui juge les juges ? Qui garde les gardiens ? Derrière ces questions cent fois reprises, la vieille hantise de l'appropriation privée de la justice détournant la volonté souveraine de ses arrêts exécutoires » : B. BARRET-KRIEGEL, « L'État et le droit » dans D. COLAS (dir.), *L'État de droit*, Paris, P.U.F., 1987, XXI-XXIII, p. XXI. Voir également : B. BARRET-KRIEGEL, « La défaite de la justice », dans W. BARANÈS et M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *La justice*, série « Autrement », coll. « Morales », n° 16, 1994, pp. 135-141.

notions fondatrices, le service public et la puissance publique¹³⁸. Dans le cadre d'un système qui restait fondamentalement du type légicentrique, le développement du contrôle juridictionnel par le Conseil d'État correspondait en fait à la première conquête de l'État de droit, celle de l'assujettissement de la fonction exécutive au droit. C'est ce qui explique que l'État de droit soit devenu, tout au long du siècle, un thème récurrent dans la doctrine publiciste française en droit administratif, puisque les faiblesses et les avancées du contrôle exercé par le Conseil d'État ne pouvaient qu'être mesurées à l'aune de ce critère exigeant. Ce simple rappel permet de mesurer l'immense progrès que représente la seconde étape, celle de la progression du contrôle juridictionnel à l'égard de l'activité législative. Les critiques dont le Conseil constitutionnel fait encore l'objet¹³⁹ montrent bien que le contrôle de constitutionnalité des lois ne s'impose pas d'emblée dans une tradition fortement marquée par le culte de la loi et de la souveraineté populaire¹⁴⁰.

1.3 Le perfectionnement du droit public

Si on la compare à l'approche allemande, la tradition française de l'État de droit, dans ses premiers développements, a davantage été marquée par une conception subjectiviste du droit. Depuis la Révolution, cette tradition repose sur l'idée de droits naturels imprescriptibles¹⁴¹. Le développement d'un droit propre à l'État (droit constitutionnel) et à l'Administration (droit administratif) a toutefois favorisé, par un processus inéluctable, la prépondérance progressive d'une conception objective du statut juridique de l'État et de ses rapports avec les particuliers. Comme la

138. R. CHAPUS, « Le service public et la puissance publique », *R.D.P.*, 1968, pp. 235-282 ; J.-B. GEFFROY, « Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre », *R.D.P.*, 1987, pp. 49-88 ; D. MOCKLE, « Les enjeux et les difficultés d'une conception essentialiste de l'État et de l'Administration en droit français », (1990) 24 *R.J.T.* 291-337.

139. Pour une synthèse des reproches formulés à l'encontre du Conseil constitutionnel, voir A. WERNER, « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 117-136.

140. « En Europe occidentale, la constitutionnalisation de l'État de droit pose dans des termes nouveaux le problème du gouvernement des juges » : C. EMERI, *op. cit.*, note 90, p. 35.

141. « [...] la Déclaration [...] peut être considérée comme exprimant l'essentiel de la conception moderne du droit public en France » car « [c']est là, en effet, que se mettent en place les données fondamentales de la démocratie libérale de tradition française : affirmation abstraite de droits de l'individu face au pouvoir et du principe d'égalité, consécration de la souveraineté nationale et sacralisation de la loi » : P. WACHSMANN, « Naturalisme et volontarisme dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 », *Droits*, n° 2, 1985, 13-22, p. 13.

réalisation de l'État de droit reste étroitement tributaire de conditions formelles liées à l'existence de structures, de recours et de normes, il ne faut pas s'étonner que les fins libérales et individualistes du système politico-juridique français aient été progressivement subsumées au profit des moyens. Un État de droit libéral ne peut se concevoir sans un État de droit formel : l'attention des juristes doit être dirigée avant tout vers l'existence de moyens tangibles, ce qui explique rétrospectivement la fortune singulière du recours pour excès de pouvoir en droit administratif français¹⁴².

Que l'État puisse être son propre censeur, comme le postulait naguère la théorie allemande de l'autolimitation, n'offre donc qu'un intérêt limité pour ceux qui se préoccupent de la réalisation effective de l'État de droit. Positivité du droit oblige, la nécessité d'une structuration de l'État par le droit fait appel, en toute logique, au perfectionnement du droit public par l'affirmation du droit constitutionnel, du droit administratif et du droit pénal, mais également au développement d'un corpus législatif susceptible de préciser les conditions des interventions de la puissance publique. La question des moyens l'emporte ainsi sur les fins puisqu'il faut d'abord supprimer ou réduire l'arbitraire du pouvoir par l'explicitation de normes précises, par la reconnaissance de recours et par la détermination de sanctions pour en assurer l'effectivité. De pareilles attentes ne conduisent pas forcément à une conception purement formelle de l'État de droit. Cette insistance sur les moyens et les instruments n'est compréhensible que dans la mesure où la structuration de l'État par le droit permet de garantir de façon tangible la liberté et la démocratie¹⁴³. Dans cette perspective, il est peut-être vain de se demander si l'État agit en fonction d'un droit antérieur ou supérieur qui le transcende. Avant toute chose, les vertus libérales et démocratiques de l'État de droit reposeraient sur l'organisation d'un type d'État qui agirait essentiellement par l'intermédiaire du droit. Dans le cas du Canada, la progression de l'État de droit dépendrait, à titre d'exemple, de la formulation de lois exhaustives en vue de baliser par des normes de plus en plus précises l'immense pouvoir discrétionnaire issu de la préro-

142. Sur le recours pour excès de pouvoir, voir : J.-M. AUBY et R. DRAGO, *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, 686 pages, pp. 115-574.

143. C'est ce qui explique le rapprochement de l'idée démocratique avec le contenu même du droit public : « il semble aujourd'hui qu'il ne puisse plus y avoir de Constitution réellement démocratique sans l'existence d'une justice constitutionnelle assurant le règne de l'État de droit » ; L. FAVOREU, *op. cit.*, note 136, p. 92.

gative royale¹⁴⁴. Par le jeu d'une reconversion qui illustre bien « le retour en force du droit¹⁴⁵ », la puissance politique de l'État ne devient légitime et tolérable que par la juridicisation progressive de ses diverses manifestations. Cette positivité juridique de l'État de droit ne peut être éludée car son actualisation reste tributaire de l'existence de normes, de recours et d'organes dont le statut est prédéterminé par le droit public, peu importe les sources constitutionnelles, jurisprudentielles ou législatives de ce droit. Cette dimension formelle a été rappelée à juste titre par Michel Troper, dans la mesure où les autorités de l'État, en n'agissant que par le jeu de règles générales et abstraites, consacrent en fait un type d'organisation fondée sur la hiérarchie des normes¹⁴⁶. Ce constat se situe presque aux antipodes de toute forme de transcendance puisque l'effectivité de l'État de droit ne reposerait en définitive que sur les seules qualités de l'ordre juridique étatique dans la formalisation du droit et la création de mécanismes de règlement des litiges. La sécurité offerte par le droit deviendrait ainsi le fondement de la liberté politique des individus, peu importe qu'ils soient appréhendés en leur qualité de citoyens, d'usagers ou de justiciables.

Cette approche « statocentrique¹⁴⁷ » axée sur le perfectionnement du droit public confère une acuité particulière aux conceptions de Hans Kelsen (1881-1973) sur la hiérarchie des normes, la structure pyramidale de l'ordre juridique et le fondement de sa validité en fonction d'une norme fondamentale¹⁴⁸. Les impératifs de conformité aux exigences de cette norme fondamentale, dont Kelsen précise bien qu'elle se rapporte de façon immédiate à une constitution déterminée¹⁴⁹, appellent logiquement le déve-

144. Comme en témoignent plusieurs lois fédérales depuis deux décennies, la discrétion du Gouvernement fédéral, naguère considérable dans de nombreux domaines liés de près à la sécurité nationale, est désormais balisée par plusieurs règles. Le souci d'exhaustivité dans la formulation de critères et de recours y est manifeste. Le caractère exorbitant ou largement discrétionnaire de la prérogative royale diminue progressivement : *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, L.R.C. (1985), c. C-23 ; *Loi sur les mesures d'urgence*, L.R.C. (1985), c. E-4.5 ; *Loi sur la protection civile*, L.R.C. (1985), c. E-4.6 ; *Loi sur les secrets officiels*, L.R.C. (1985), c. O-5 ; *Loi sur l'extradition*, L.R.C. (1985), c. E-23 ; ainsi que les modifications apportées à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), c. R-10.

145. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 141.

146. M. TROPER, « Le concept d'État de droit », *Droits*, n° 15, 1992, 51-63, p. 58.

147. C. EMERI, *op. cit.*, note 90, p. 34, évoque une « dérive statocratique ».

148. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 496 pages, p. 299 (traduction de Ch. Eisenmann). Sur la réception des conceptions kelseniennes en France, voir : R. CARRÉ DE MALBERG, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Sirey, 1933, 174 pages.

149. *Id.*, p. 266.

loppement du contrôle de constitutionnalité des lois, ce qu'il préconisera avant 1928¹⁵⁰. Le contrôle de conformité des lois avec les dispositions de la Constitution par un organe juridictionnel¹⁵¹ est indispensable pour la cohérence du projet kelsénien puisque toute norme déviante, quel que soit son statut dans la hiérarchie des normes, doit être censurée pour assurer l'effectivité de la norme fondamentale et la stabilité de l'ordre normatif. Dans un tel système, la question de la légitimité ne peut être résolue que de façon intrasystémique car l'attention est orientée vers ce qui détermine la compétence de tel ou tel organe en vue de modifier le droit. À propos du principe de légitimité, Kelsen en résume le sens en affirmant « qu'une norme ne peut être posée que par l'organe compétent, c'est-à-dire par l'organe habilité à cet effet par une norme supérieure¹⁵² ». En fonction de ses propres critères et modalités de contrôle, c'est donc l'ordre normatif étatique qui détermine les conditions de validité de ses propres normes¹⁵³.

Dès 1934, date de la première édition de la *Théorie pure du droit*¹⁵⁴, étaient ainsi posées les prémisses d'une théorie qui reconnaît la centralité du droit public dans la réalisation de la liberté politique et de la démocratie¹⁵⁵. Entendue de la sorte, la réalité du pouvoir démocratique entretiendrait des liens étroits avec la hiérarchie des normes, puisque cette dernière, par la rigueur de son statisme, ne laisserait aux divers organes de

150. H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, pp. 197-257 ; H. Kelsen, « Le contrôle de constitutionnalité des lois ; une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *R.F.D.C.*, 1990, 17-30 (traduction de L. Favoreu). Sur les vues de H. Kelsen en matière de justice constitutionnelle, voir : M. TROPER, « Kelsen et le contrôle de constitutionnalité », texte d'une conférence donnée à l'Université du Québec à Montréal dans le cadre des conférences Dikè, Montréal, 29 avril 1994.

151. « Cette fonction [le contrôle de constitutionnalité des lois] peut être confiée, soit à une juridiction spéciale, soit à la Cour suprême, soit enfin à tous les tribunaux » : H. Kelsen, *op. cit.*, note 148, p. 363.

152. *Id.*, p. 367.

153. *Id.*, p. 278 : « Le principe que les normes d'un ordre juridique valent aussi longtemps que leur validité ne prend pas fin d'une façon qui est déterminée par cet ordre juridique, ou qu'elle ne fait pas place à la validité d'une autre norme de cet ordre, est le principe de légitimité ».

154. Voir la préface de Hans Kelsen pour la seconde édition de son ouvrage, *op. cit.*, note 148, pp. XII-XV.

155. Cette dimension libérale s'infère de l'ensemble de ses travaux, notamment de ses idées sur le développement de la justice constitutionnelle. Dans un ouvrage moins connu, consacré à la question de la démocratie, Kelsen établit des liens entre la problématique de la démocratie et le droit public. Dans le contexte plus général de ses réflexions sur le droit public, cet ouvrage est une défense éloquent de la démocratie parlementaire : H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur* (2^e éd., 1929), Paris, Economica, 1988, 98 pages, p. 69 (traduction de Ch. Eisenmann, présentation de M. Troper).

l'État qu'une marge de manœuvre limitée, prédéterminée par la loi et le droit. Par les mécanismes de validation ou d'invalidation auxquels fait référence Kelsen, ce sont les qualités propres de l'ordre normatif qui sont en cause. Ces qualités dépendent de la généralité et de l'abstraction des normes, de leur fixité, de leur cohérence, ainsi que de leur précision, en vue d'en assurer la prévisibilité, la conformité avec des normes fondamentales, l'effectivité et la non-rétroactivité. Ces qualités ne peuvent revêtir de sens que s'il existe des moyens ou des instruments pour en assurer la réalisation, ce qui renvoie directement à la question de la qualité du droit, à l'amélioration de ses procédés, afin de garantir la sécurité juridique et la liberté des individus. Le projet politique de l'État de droit fait appel au « perfectionnement de l'architecture formelle¹⁵⁶ », ce qui suppose une progression constante dans l'amélioration du droit positif.

Dans la perspective de la hiérarchie des normes, ce programme d'action favorise un élargissement de la légalité, notamment par le développement d'un corpus législatif adapté à des besoins nouveaux, et par la reconversion en normes législatives ou réglementaires de règles administratives dont le statut juridique reste précaire. C'est également l'intégration du droit international qui contribue singulièrement à l'allongement vertical de ces normes qui déterminent les conditions de validité de l'action administrative. Ce sont néanmoins les questions liées au fonctionnement des tribunaux qui retiennent davantage l'attention. L'accès à la justice, la démocratisation et la multiplication des recours, l'indépendance des tribunaux et les modes de désignation des juges, le développement de la justice administrative en monde anglo-saxon, ainsi que la recherche de modalités de contrôle de plus en plus raffinées en vue de baliser le pouvoir discrétionnaire de l'Administration, apparaissent comme autant d'exemples de la mobilisation des juristes afin de renforcer le rôle des institutions judiciaires, ou de remédier à des insuffisances découlant de leur fonctionnement. Dans les pays occidentaux, la place et le rôle des organes juridictionnels acquièrent ainsi un élément de centralité. Cette évolution est conforme à la dynamique engendrée par la progression de l'État de droit. Entendu de la sorte, ce développement revêt donc une dimension proprement institutionnelle. Cette évolution ne peut toutefois se réduire à la seule figure du juge et des organes juridictionnels. La réalisation effective de l'État de droit dépend également de l'existence d'institutions susceptibles de réduire l'arbitraire du Pouvoir, tels les ombudsmans (de toute nature) et diverses commissions spécialisées relevant directement du Parlement. Les ombudsmans peuvent même être « constitutionnalisés » comme le montre, à titre d'exemple, la Constitution du 27 avril 1994 de l'Afrique du Sud à

156. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 78.

propos du statut de son *Public Protector*¹⁵⁷. Cette avancée de l'État de droit ne dépend pas forcément de modèles institutionnels issus de l'Europe continentale comme l'illustre le phénomène des organismes administratifs autonomes du type polyfonctionnel au Canada et aux États-Unis. En vue de répondre à des objectifs de dépolitisation, d'expertise, de spécialisation, ces organismes fonctionnent avec une indépendance relative par rapport à la fonction exécutive en disposant de pouvoirs considérables qui reproduisent, à l'échelle d'un microcosme administratif, l'ensemble des fonctions étatiques : fonction juridictionnelle, « fonction législative » de réglementation et d'élaboration de politiques, fonction de police administrative, fonction consultative et fonction de gestion.

Si l'État de droit s'impose avant tout comme le droit de l'État, cette vision juridique et institutionnelle de la réalité politique de l'État n'est évidemment pas exempte de limites. Ce processus de juridicisation se heurte en effet à deux difficultés qui ont déjà été signalées par la doctrine publiciste française.

Dans un premier temps, c'est la réalisation effective de l'État de droit qui peut sembler illusoire. Tant par rapport aux institutions actuelles des divers pays occidentaux que par rapport à leur capacité supposée d'atteindre la plénitude des qualités formelles de l'État de droit, l'avènement de ce dernier peut donner l'impression d'être virtuellement impossible. Le décalage serait trop important en dépit des mérites propres à chaque système national. Dans sa critique de l'« État de droit administratif », J.-L. Autin signale que « la volonté de créer un État de droit représente une utopie » génératrice « de fâcheuses illusions car la réalité n'a jamais correspondu et ne peut correspondre au modèle idéal »¹⁵⁸, ce qui n'exclut nullement, comme le reconnaît d'ailleurs le professeur Autin, des vertus. L'État de droit conserve en effet sa valeur programmatique par la direction particulière qu'il impose au développement de l'ordre juridique étatique. Les mérites du modèle l'emportent ainsi sur le constat des limites de la subordination de l'État au droit et de certaines lacunes dans le développement du contrôle juridictionnel, au demeurant inévitables.

Une deuxième difficulté n'en subsiste pas moins dans la mesure où ces vertus, du seul fait de leur dimension proprement juridique, ne peuvent garantir à elles seules la démocratie et la liberté¹⁵⁹. Ce sont les limites

157. Art. 110-114, *Constitution of the Republic of South Africa*, précitée, note 1.

158. J.-L. AUTIN, « Illusions et vertus de l'État de droit administratif », dans D. COLAS (dir.), *op. cit.*, note 137, 145-170, p. 145.

159. « Mais en réalité, l'État de droit, même entendu dans ce sens restreint d'État dont les organes agissent au moyen du droit, ne constitue nullement un moyen efficace d'assurer la liberté » : M. TROPER, *op. cit.*, note 146, p. 60.

formelles du droit qui sont en cause, comme le rappelle M. Troper à propos des propriétés traditionnelles de la loi (généralité, abstraction, cohérence, stabilité, non-rétroactivité) et du rôle du contrôle juridictionnel dans un système qui serait en quelque sorte dénaturé dans ses éléments de finalité (un régime d'« apartheid » par exemple)¹⁶⁰. À cette critique, il est possible d'opposer la prétention affichée dans plusieurs études sur l'État de droit à savoir qu'il ne s'agit pas de l'État de n'importe quel droit. En vue de satisfaire aux exigences de l'État de droit, il faut respecter des conditions formelles étroitement liées à un contenu matériel : l'ordre constitutionnel doit garantir le respect des droits fondamentaux et de certaines libertés politiques, déterminer les règles du fonctionnement des institutions dites « démocratiques » et prévoir des modes de contrôle en vue d'assujettir au respect de normes impératives le fonctionnement des différents organes de l'État. Les fins libérales de l'État de droit, souvent subsumées dans l'analyse purement juridique de l'efficacité formelle des recours, seraient ainsi sous-jacentes à titre de postulats implicites. À un État de droit purement formel qui pourrait correspondre à la plupart des systèmes politiques qui reposent simplement sur un ordre juridique, y compris certains régimes autoritaires, pourrait ainsi être opposé un « État de droit matériel » du type libéral¹⁶¹. Mais à cette distinction, ne peut-on pas répliquer par les origines proprement libérales de l'État de droit afin de considérer « l'État de droit formel » comme une sorte de perversion issue du seul constat scientifique de la positivité d'un ordre juridique étatique, peu importe ses buts ou ses fins ?

En dépit de ces limites, un fait demeure : la démocratie, les libertés politiques et la justice ne peuvent se concevoir sans l'existence de pro-

160. *Id.*, pp. 60-63.

161. Sur cette dimension plurielle, J. Chevallier constate que « [l']État de droit c'est, tantôt l'État qui agit au moyen du droit en la forme juridique, tantôt l'État qui est assujéti au droit, tantôt encore l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques ; ces trois versions — formelle, hiérarchique, matérielle — dessinent plusieurs figures possibles, plusieurs types de configuration de l'État de droit » : J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 11. La doctrine allemande contemporaine fait une distinction entre l'« État de droit formel » et l'« État de droit matériel » comme le rappellent M. FROMONT, *op. cit.*, note 21, pp. 1206-1214, et M. TROPER, *op. cit.*, note 146, p. 52. Sur cette distinction, voir également : M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. 2 : « Droit public — Droit pénal », coll. « Les systèmes de droit contemporains », Paris, Cujas, 1984, 428 pages, p. 20. Comme le montre l'œuvre de Lorenz von Stein, la notion de *Rechtsstaat* n'a pas été interprétée dans un sens exclusivement formel avant la chute de la République de Weimar : cf. *supra*, note 89.

priétés formelles et de garanties dont l'essence est libérale¹⁶². Ces impératifs de limitation du pouvoir favorisent, par nécessité, le développement et le perfectionnement du droit public, lequel devient investi d'une valeur propre dans la réalisation d'un ordre juridique du type libéral. Ce n'est que par « l'approfondissement des implications de l'État de droit¹⁶³ » qu'une réalisation effective des fins libérales peut être envisagée, d'où l'intérêt d'une clarification des principes et des moyens qui impriment un sens particulier à cette notion, surtout si on la compare aux éléments de finalité en régime de *rule of law*. En effet, cette convergence dans la construction d'un ordre libéral est à l'origine de malentendus sur la similitude supposée de l'État de droit et de la *rule of law*. Ce n'est que par un retour sur la question des fins et des moyens que certains enjeux pourront être clarifiés afin de mesurer la teneur de cette symbiose. En dépit de divergences historiques dans le développement des deux modèles, une étude de ce genre ne peut qu'aboutir au constat de l'élaboration empirique d'un modèle syncrétique susceptible d'associer les qualités intrinsèques de la *rule of law* et de l'État de droit.

2. L'élaboration d'un modèle syncrétique

Tributaire de ses origines franco-allemandes, l'État de droit repose essentiellement sur les rapports complexes et ambigus de ces deux termes, État et droit, lesquels font appel à une articulation spécifique de l'État par le droit. Ce dernier est en effet appelé à jouer un rôle déterminant sur deux registres : la conceptualisation du phénomène « État » par le droit public, ainsi que le développement autonome de ce dernier aux fins d'une structuration particulière de l'État et de l'Administration par le droit. La distinction public/privé en est l'aboutissement logique afin de définir des sphères différentes pour l'État et la société civile. À plusieurs égards, cette approche est conforme au modèle wébérien puisqu'elle repose sur un effort de rationalisation de l'État¹⁶⁴. Ce dernier est une organisation complexe dont il serait possible d'établir les dimensions formelles et structurelles pour l'énonciation de règles précises, peu importe qu'il s'agisse de lois sociologiques ou de principes juridiques. Dépourvue de certains éléments de

162. « [...] les combats pour les droits de l'homme se ramènent vite à être des revendications pour des procédures claires, des codes précis, des institutions démocratiques » : M. MIAILLE, « Le retour de l'État de droit. Le débat en France », dans D. COLAS (dir.), *op. cit.*, note 137, 215-251, p. 227. Sur les liens entre l'État de droit et la pensée libérale, voir : J. BIDEET et G. LABICA (dir.), *op. cit.*, note 93.

163. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 77.

164. Les rapports entre la « légitimité formelle rationnelle » du droit et l'État dans la théorie wébérienne ont été analysés par : M. COUTU, « Max Weber et les rationalités du droit », thèse de doctorat, Sainte-Foy, Université Laval, 1993, 333 pages, pp. 250-267.

finalité qui caractérisent la notion de *rule of law*, cette approche ne livrerait de l'État de droit qu'une analyse fondée exclusivement sur des propriétés formelles. En ne retenant que la seule positivité des normes, des recours et des institutions, cette rationalisation du type structuro-fonctionnelle rejoindrait ainsi plusieurs modèles qui présentent de nombreux points de convergence sur les notions d'« ordre » et de « système » : le normativisme kelsénien¹⁶⁵, la théorie wébérienne du droit¹⁶⁶, ainsi que le *legal formalism* en Grande-Bretagne¹⁶⁷. Des analyses néo-kantiennes peuvent également en résulter, puisque privé de certains éléments fondamentaux susceptibles d'en colorer la finalité ou la légitimité, l'État de droit ne serait qu'une construction formelle appelée à décrire le fonctionnement de n'importe quel type d'État. Dans un contexte historique lourd de connotations (la fin de la République de Weimar), Harold Laski (1893-1950) avait déjà posé un jugement de ce type en ne prêtant pas assez attention à la fonction politique du droit dans l'organisation du système étatique¹⁶⁸.

165. H. Kelsen, *op. cit.*, note 148. Si les termes *Rechtssystem* et *Rechtsordnung* sont très proches en substance dans l'œuvre de Kelsen, le terme *Rechtsstaat* n'en reste pas moins distinct même si l'existence d'un système normatif est déterminant pour la réalisation de ce dernier. La notion d'État ne peut être dissociée de l'idée d'« ordre normatif » ou de « système », ce qui explique ces convergences.

166. Dans sa sociologie du droit, Max Weber (1864-1920) constate que les qualités formelles du droit moderne sont le produit d'une évolution propre aux pays occidentaux : l'insistance des juristes sur la qualité objective du droit les conduit logiquement vers un processus de systématisation et de rationalisation du droit. Dans cette perspective, il est possible d'invoquer l'analyse de Weber afin de montrer l'étroite parenté de l'État de droit avec le perfectionnement du droit public dans la tradition continentale. Weber fait d'ailleurs une distinction très juste entre le droit continental et le droit anglo-saxon : M. WEBER, *Sociologie du droit*, coll. « Recherches politiques », Paris, P.U.F., 1986, 242 pages, notamment le chapitre VIII (« Les qualités formelles du droit moderne »). Weber donne ainsi l'impression de tracer une équivalence entre le droit continental et la rationalité juridique formelle, ce qui l'amène à formuler plusieurs remarques sur les différences entre common law et droit continental dans la prévisibilité et la rationalisation du droit. Sur ces questions, voir : M. COUTU, « Les transformations du droit et l'émergence du capitalisme : le « problème anglais » chez Max Weber », (1992) 33 C. de D. 71-113, p. 107 ; A. BRIMO, « La notion de rationalisation du droit dans la sociologie juridique de Max Weber », dans *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, *op. cit.*, note 34, pp. 21-29. Sur les rapports convergents et divergents de la théorie wébérienne et de la théorie kelsénienne, voir : M. COUTU, *loc. cit.*, note 164, 255.

167. Sur l'importance des « normativist and functionalist styles of public law » en Grande-Bretagne, voir : M. LOUGHLIN, *Public Law and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 292 pages, notamment le chapitre 8 (« Contemporary Thought in Public Law »).

168. « [...] the idea of a *Rechtsstaat* is a purely conceptual notion. It is a category of essence and not of reality » : H.J. LASKI, *The State in Theory and Practice*, Londres, Allen & Unwin, 1935, 336 pages, p. 177.

À l'instar de la *rule of law*, l'État de droit apparaît indéniablement comme un projet politique¹⁶⁹. Les deux n'en conservent pas moins leur identité propre en dépit de points de convergence qui résultent de leur origine libérale, de l'importance du droit et de la division classique des fonctions. Tout comme l'indique l'expression « État de droit », c'est le droit qui se trouve investi d'une valeur propre et d'un contenu politique en vue de dissocier l'organisation juridique de l'État de ses aspects plus proprement politiques¹⁷⁰. C'est ce qui explique le peu d'importance que représente la forme parlementaire, républicaine ou monarchique du régime politique dans la conceptualisation de l'État de droit. Cette dissociation du droit et de la politique n'est guère concevable dans la version traditionnelle de la *rule of law* puisque la primauté du droit reste étroitement tributaire de l'existence de certaines institutions politiques, au premier rang desquelles figure le Parlement. Dans ce contexte, la question du droit public et des libertés politiques reste tributaire, dans des proportions significatives, de la suprématie effective du Parlement, institution éminemment politique puisqu'elle est composée de représentants élus. L'existence de la common law tempère cette primauté puisqu'elle est historiquement antérieure à l'affirmation du Parlement et du *statute law*. Comme cette common law joue un rôle de premier plan dans la formulation de principes essentiels pour le droit public, elle pose en termes explicites la question du droit. À la différence du modèle de l'État de droit, il s'agit toutefois d'un droit qui n'a pas été conçu, dans ses fondements et ses principes, en fonction de la réalité de l'État et de la distinction public/privé. Par le jeu de la souveraineté d'un organe qui fait appel à des dimensions politiques, et par la nature particulière de la common law, la *rule of law* reflète ainsi des conditions peu propices pour l'autonomie du droit public. Dans un État de droit, le droit public est appelé à jouer un rôle déterminant dans la structuration juridique des différents organes de l'État. La légitimité des institutions repose davantage sur les propriétés formelles du droit public, ce qui renvoie directement à la positivité d'un droit déterminé, ainsi qu'à sa valeur intrasystémique. L'existence de garanties fondamentales par l'explicitation de normes constitutionnelles écrites et la création de recours juridictionnels forment ainsi le substrat d'une approche libérale centrée, principalement,

169. « La première des dimensions, la plus apparente, la plus manifeste, est celle du politique : l'État de droit se situe d'abord dans le champ du politique et se trouve immédiatement relié aux institutions et aux pratiques de ce champ » : M. MIAILLE, *op. cit.*, note 162, p. 218 ; L. COHEN-TANUGI, *op. cit.*, note 26, p. 146 et suiv.

170. « The essence of the Rechtsstaat consists in the divorce of the political structure of the state from its legal organisation, which alone, that is to say independently of the political structure, is to guarantee freedom and security » : F. NEUMANN, *op. cit.*, note 7, p. 180.

mais non exclusivement, sur le droit public¹⁷¹. Dans cette perspective, l'État de droit resterait étroitement tributaire du développement des libertés publiques, du droit constitutionnel et du droit administratif¹⁷².

Ce positionnement réciproque peut contribuer à dissiper certaines ambiguïtés et créer ainsi l'illusion d'une différence de principe entre la *rule of law* et l'État de droit. Valable à certains égards pour comprendre la généalogie des deux systèmes, cette analyse tombe néanmoins sous le coup de trois critiques. Dans un premier temps, elle n'apporte aucune réponse satisfaisante au fait que certains pays de culture juridique anglo-saxonne (Canada, États-Unis, Afrique du Sud (« modèle 1994 »)) répondent à plusieurs exigences de l'État de droit sans avoir explicitement subi l'influence des thèses continentales (à l'exception de l'Afrique du Sud « nouvelle version »). Dans un deuxième temps, il est manifeste qu'il existe une convergence indéniable dans l'explicitation des propriétés formelles du droit, les deux systèmes ayant recours à des valeurs systémiques qui sont semblables ou identiques. Enfin, dans un troisième temps, et c'est ce qui contribue désormais à brouiller les pistes, l'État de droit est associé à des éléments de finalité, justice ou démocratie, qui rejoignent plusieurs dimensions traditionnelles de la *rule of law*. Cette convergence dans les fins permettrait ainsi de faire l'économie de la question des moyens, notamment de la question du droit public.

Si l'on joue de la sorte sur plusieurs registres, chaque notion peut être modifiée ou réinterprétée en vue d'un syncrétisme susceptible de répondre aux exigences du nouvel ordre juridique mondial associé au développement du droit international humanitaire. Tant sur la question des moyens que sur celle des fins, la validité de cette doctrine associationniste reste néanmoins douteuse : l'élaboration d'un modèle syncrétique ne peut fonctionner que par la dilution du contenu originel de l'État de droit et de la *rule*

171. En l'absence de recours ou de mécanismes de droit public, le droit privé est appelé à jouer un rôle qui varie selon les systèmes nationaux. En France, le droit administratif est complété, dans certains domaines, par des règles de droit privé, phénomène lié en partie au principe de la dualité de juridiction entre le juge judiciaire et le juge administratif : J. MOREAU, *Droit administratif*, coll. « Droit fondamental », Paris, P.U.F., 1989, 569 pages, p. 15. Dans les pays de common law, cette problématique ne se manifeste pas de la même façon compte tenu du principe de l'unité de juridiction et de l'unité de principe de la common law.

172. À certains égards, ce constat ne serait valable que pour le droit public de quelques États du continent européen, notamment la France, où le droit pénal n'est pas, dans une perspective traditionnelle, une matière de droit public à cause de la compétence de principe du juge judiciaire. En droit allemand, le droit pénal n'est pas considéré comme faisant partie du droit privé car il reste distinct du droit public et du droit privé : M. FROMONT et A. RIEG, *op. cit.*, note 161, t. 2, p. 7. Dans le contexte canadien, toute référence au droit public doit tenir compte de l'existence du droit pénal.

of law. En vue d'une symbiose, le contenu propre des deux notions serait ainsi appelé à subir des modifications substantielles, un peu comme si l'idée de reconversion devenait un impératif nécessaire dans la perspective d'une standardisation du droit public interne. Si un nouveau modèle émerge lentement en vue de satisfaire aux exigences de la communauté internationale, il devient dès lors nécessaire de s'interroger sur les points de convergence et de divergence entre la problématique de l'État de droit et la théorie de la *rule of law*.

2.1 Le Parlement et le statut de la loi

De prime abord, la différence la plus manifeste découlerait de la souveraineté du Parlement dans la tradition constitutionnelle britannique. Cette souveraineté, dans sa version traditionnelle, fait appel à trois caractéristiques : 1) l'omnicompétence du Parlement, qui ne peut faire l'objet d'aucune limite dans les matières qui lui sont attribuées (cette nuance est essentielle pour un régime fédéral) ; 2) l'exclusion de toute forme de contrôle par d'autres institutions ou mécanismes, notamment les organes juridictionnels, car pareil contrôle est incompatible avec le principe de souveraineté ; 3) la possibilité théorique que conserve le Parlement afin de contrôler ou d'annuler *a posteriori* les actes provenant des autres organes de l'État¹⁷³. Au Canada, le fait que le statut juridique de la Cour suprême et de la Cour fédérale soit en pratique entièrement déterminé par des lois ordinaires du Parlement est un bon exemple de cette suprématie, tout comme le pouvoir que conserve le Parlement afin de modifier les privilèges et immunités de la Couronne. Il s'agit clairement d'un projet politique qui fait appel au pouvoir illimité du Parlement de débattre de toute espèce de question¹⁷⁴ et de légiférer dans le respect de certaines formes, ce qui lui confère cette prééminence générale sur les autres organes de l'État.

173. En 1964, avant l'adhésion de la Grande-Bretagne à la Communauté européenne, J.D.B. Mitchell résumait en ces termes le principe de la souveraineté parlementaire en droit britannique : « By the sovereignty of Parliament is generally meant the absence of any legal restraint upon the legislative power of the United Kingdom Parliament. This absence of legal restraint has two aspects. The positive one would mean that Parliament is competent to legislate upon any subject-matter, and the negative aspect implies that once Parliament has legislated no court or other body can pass upon the validity of the legislation » : J.D.B. MITCHELL, *Constitutional Law*, Edinburgh, Green, 1964, 305 pages, p. 50.

174. Avant 1972, date de l'adhésion de la Grande-Bretagne à la Communauté européenne, G. Marshall pouvait encore affirmer : « Sovereign legislative power, according to traditional doctrine, is illimitable, perpetual, and indivisible » ; G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, 238 pages, p. 34.

Cette conception absolutiste de la souveraineté fondée sur la suprématie de l'institution parlementaire résulte d'un momentum particulier de l'histoire constitutionnelle britannique : l'échec des ambitions politiques des Stuart au xvii^e siècle en vue de conserver cette souveraineté illimitée en a permis le report intégral vers le Parlement. En droit britannique, la question de la souveraineté exclut en principe l'idée de partage et se confond donc avec l'idée que le Parlement peut tout faire, même des lois dont il ne pourrait pas matériellement assurer la réalisation¹⁷⁵. L'absence de limites et l'absence de subordination en restent l'élément dominant¹⁷⁶. Outre l'influence des thèses de Thomas Hobbes (1588-1679) et de Jeremy Bentham (1748-1832)¹⁷⁷, ainsi que celles de John Austin (1790-1859)¹⁷⁸ sur la question de la souveraineté, les idées qui existaient auparavant sur le caractère illimité de la souveraineté royale ne sont pas restées étrangères à cette vision absolutiste de l'institution parlementaire.

Cette évolution ne peut s'expliquer que par le désir de reconnaître le rôle prépondérant du Parlement comme instance de régulation des conflits et comme forum de discussion. Conçue de cette façon, l'institution parlementaire offrirait la réponse appropriée au problème des libertés politiques dans la mesure où le *Bill of Rights* du 13 février 1689 énumère plusieurs garanties fondamentales : le pouvoir exclusif du Parlement sur la chose légiférée, notamment en matières fiscale et militaire ; les élections libres des membres du Parlement ; la fréquence des sessions parlementaires ; la liberté de parole au sein du Parlement ; le droit des sujets de présenter des pétitions au roi ; le droit des sujets protestants de porter des armes pour leur défense dans les limites permises par la loi. Cette liste est

175. Un constat maintes fois cité de I. Jennings reste pertinent : « The supremacy of Parliament is a legal fiction, and legal fiction can assume anything [...] Parliamentary supremacy means [...] that Parliament can legislate for all persons and all places. If it enacts that smoking in the streets of Paris is an offence, then it is an offence » ; I. JENNINGS, *The Law and the Constitution*, 5^e éd., Londres, 1959, 354 pages, p. 170.

176. « [...] sur le plan de la théorie constitutionnelle cette idée du souverain illimité a une importance durable. Les thèmes de l'absence de limite et de l'absence de subordination à d'autres institutions politiques ont une grande importance dans la conception de la souveraineté du Parlement britannique » : J. BELL, « Que représente la souveraineté pour un Britannique ? », *Pouvoirs*, n° 67, 1993, 107-116, p. 110.

177. T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, coll. « Philosophie du droit », Paris, Dalloz, 1966, 71-230, p. 81 et p. 91. Bentham condamne tout ce qui peut entraver l'action du pouvoir souverain, ce qui le rend, par souci d'efficacité, hostile au partage de la souveraineté : J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1789), Londres/New York, Methuen, 1982, 343 pages, pp. 200-201.

178. J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1968, Lecture I, pp. 9-33.

complétée par quelques garanties pénales qui ne sont pas exemptes de toute dimension politique : la confection des listes de jurés, l'interdiction des cautions et amendes excessives, ainsi que celles des peines cruelles et inusitées¹⁷⁹. L'énumération exhaustive de droits et libertés fondamentaux au profit d'un individu abstraitement défini ne figure pas dans le dessein politique de 1689. Par le jeu du régime d'assemblée et par la souveraineté parlementaire, c'est en fait le problème de la liberté politique qui connaît un premier dénouement, et non pas le droit de l'individu de revendiquer seul contre tous, contre le Parlement, ou contre les différents organes de la fonction exécutive, un droit quelconque ou une liberté inaliénable en fonction de sa seule personne. Il faudra attendre les thèses individualistes des Révolutions américaine et française pour que cette problématique soit posée en des termes radicaux. Vue rétrospectivement, l'approche britannique n'a pas été en mesure de résoudre le problème des libertés fondamentales par la seule vertu des libertés politiques, ce que confirme l'existence, désormais révolue, de régimes d'exclusion ou de différenciation dans des systèmes issus de cette tradition (populations de race noire et Zoulous en Afrique du Sud, peuples autochtones au Canada). Ce problème résulte d'une confusion originelle entre libertés politiques et libertés fondamentales, l'approche britannique ayant postulé, sur une base implicite, que les secondes devaient découler, en toute logique, des premières.

Ce rappel est important car le dogme de la souveraineté illimitée dans l'exercice de la fonction législative est contraire aux exigences de l'État de droit. Si cette suprématie est posée en des termes trop généraux ou trop absolus, elle devient incompatible avec l'assujettissement des différents organes de l'État à un bloc de constitutionnalité dont l'une des fonctions majeures est d'offrir des garanties tangibles à la population contre les abus potentiels de la puissance législative et de la fonction exécutive. Deux siècles de légicentrisme pour le Canada et la France permettent de mesurer à quel point la libre affirmation de la volonté parlementaire constitue une menace sérieuse pour les libertés publiques, notamment à l'égard des droits des minorités. Un seuil décisif n'en a pas moins été franchi lorsque la pensée politique et juridique a reconnu que ces atteintes aux droits fondamentaux, loin d'être réservées exclusivement à la fonction exécutive, pouvaient découler également de l'action du législateur. La seule solution logique, après l'assujettissement du Gouvernement et de l'Administration à un contrôle de légalité, ne pouvait que résulter de l'extension de ce contrôle à l'action législative. En l'absence de recours dont les conditions d'ouverture et de recevabilité peuvent varier selon les systèmes nationaux, et faute d'un contrôle juridictionnel assuré par une autorité indépendante,

179. Le *Bill of Rights* du 13 février 1689, dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21.

la soumission de l'institution parlementaire à la légalité constitutionnelle reste aléatoire. Si ces formes de contrôle sont inexistantes, force est de revenir aux thèses de l'autolimitation¹⁸⁰, encore que ces dernières doivent être utilisées avec discernement dans un système où l'on prétend fonder la validité de l'ordre juridique sur la préexistence de la common law¹⁸¹.

Ce passage de l'État légal, simple « État de lois » du type parlementaire, à l'État de droit, pour reprendre ici la formule de Carré de Malberg¹⁸², reflète l'évolution du Canada au moment de l'adoption de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Même si un contrôle de constitutionnalité existait déjà pour le partage des compétences au sein de la fédération canadienne (*Loi constitutionnelle de 1867*), la « réalité matérielle » de l'État de droit ne devient manifeste qu'à compter de cette date grâce à la constitutionnalisation de plusieurs droits fondamentaux et d'une formule d'amendement de la Constitution. Déjà présente dans la dualité *statute law/common law*, la différenciation plus explicite de la loi formelle et d'un nouveau droit jurisprudentiel constitutionnel contribue singulièrement au renforcement du droit, ce droit dont l'énonciation des principes fondamentaux échappe de plus en plus à la fonction législative.

Le projet central de l'État légal du type parlementaire reposait sur le développement d'un corpus législatif dont les conditions d'élaboration et de formalisation auraient été en principe suffisantes pour assurer la régularité de l'action administrative et la protection effective des libertés. Cet État légicentrique, dont le but est de favoriser la suprématie du législateur par le règne de la loi formelle, n'est pas une caractéristique exclusivement réservée aux pays de *rule of law*. Dans le cas de la France, le modèle de l'État légal n'a été dépassé qu'en 1974 avec l'apparition de conditions permettant le fonctionnement effectif du Conseil constitutionnel, l'une des grandes innovations de la Constitution du 4 octobre 1958 (art. 56-63)¹⁸³. Le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel revêt une portée considérable dans la perspective de la réactivation de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 sur les droits économiques et sociaux à la suite du

180. « Here (in the United Kingdom) limited government is very much auto-limitation, bolstered, it is true by conventions, but these are not enforceable by bodies external to the government of the day » : P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY, « Legitimacy and the Constitution : The Dissonance between Theory and Practice », dans P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY (dir.), *Law, Legitimacy and the Constitution*, Londres, Sweet & Maxwell, 1985, 1-38, p. 8.

181. Sur cette approche, voir : O. DIXON, « The Common Law as an Ultimate Constitutional Foundation », (1957) 31 *Aust.L.J.* 240-254.

182. R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, note 7, t. 1, p. 490.

183. D. TURPIN, *op. cit.*, note 15, p. 473 et suiv.

texte du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958¹⁸⁴. En dépit de différences importantes dans l'organisation de la justice constitutionnelle, la France et le Canada suivent une évolution convergente dans la relativisation de la loi et de la souveraineté parlementaire. La résistance de la Grande-Bretagne à l'égard du contrôle de constitutionnalité des lois ne ferait que confirmer le rôle prépondérant qu'elle a exercé dans l'élaboration du modèle parlementaire, sans qu'on puisse par ailleurs en déduire des conclusions définitives sur l'essence de la *rule of law*. De façon rétrospective, le modèle britannique n'aura été que l'exacerbation du phénomène de l'État légal. Et pourtant, nul besoin de l'État de droit pour diminuer la souveraineté parlementaire puisqu'il aura suffi que la Grande-Bretagne entre dans le Marché commun pour aboutir à un résultat encore plus significatif : la théorie diceyenne de l'omnicompétence du Parlement n'a plus qu'une portée relative depuis l'arrêt *Factortame* rendu en 1990 par le Comité judiciaire de la Chambre des lords¹⁸⁵. Dans un esprit très pragmatique et sans recherches spéculatives sur les conséquences probables d'une telle solution pour la théorie constitutionnelle de la souveraineté parlementaire, les juges ont simplement constaté que la souveraineté du Parlement britannique est limitée en droit interne par le droit communautaire et que les juges ne peuvent appliquer une loi contraire à ce dernier¹⁸⁶.

184. « Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946 » : Premier paragraphe du Préambule de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958, dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 127.

185. *Factortame v. Secretary of State for Transport*, [1989] 2 All E.R. 692 (HL); *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*, [1990] 2 A.C. 85. Pour divers commentaires, voir : H.W.R. WADE, « What has Happened to the Sovereignty of Parliament ? », (1991) 107 *L.Q.R.* 1-4. Le professeur Wade en tire la conclusion suivante : « But Factortame shows how international law, in the shape of treaty obligations, may help to overthrow the dogmas of constitutional law, and how smoothly the courts may discard fundamental doctrine without appearing to notice » (*id.*, *in fine*). Voir également : J. BELL, « Observations sur Chambre des Lords, 18 mai 1989, « Factortame v. Secretary of State for Transport » », (1990) *Rev. fran. de dr. adm.* 920-922 ; J. BELL, « Actualité du droit administratif au Royaume-Uni », *Études et documents du Conseil d'État*, n° 43, 1991, pp. 309-320 ; J. BELL, *loc. cit.*, note 176.

186. Déjà, en 1989, avant l'affaire *Factortame*, A.W. Bradley concluait une étude sur la souveraineté parlementaire en affirmant : « Even if the orthodox doctrine of the sovereign Parliament still stands today, it is not an immutable part of British constitutional law » ; A.W. BRADLEY, « The Sovereignty of Parliament — in Perpetuity ? », dans J.L. JOWELL et A.D.H. OLIVER (dir.), *The Changing Constitution*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 25-52, p. 52. Cette remarque du professeur Bradley peut être interprétée comme une réponse aux interrogations de Wade : H.W.R. WADE, *Constitutional Fundamentals*, 2^e éd., The Hamlyn Lectures, Londres, Stevens & Sons, 1989, 106 pages, notamment le chapitre 3. Afin de mesurer la portée de l'affaire *Factortame*, il est utile de rappeler qu'en 1964 J.D.B. Mitchell pouvait encore affirmer : « This pre-

Pour le statut réciproque de la loi et du Parlement au Canada, l'extension du contrôle juridictionnel se traduit par une relativisation de leur rôle dans la hiérarchie des normes et des fonctions. La primauté du Parlement et la position consécutive de la loi ne peuvent toutefois être analysées de la même façon. Au Canada, il est encore possible d'affirmer qu'il existe une souveraineté parlementaire « inconditionnée » dans la perspective du pouvoir constituant¹⁸⁷. La menace potentielle de ce « pouvoir illimité » reste toutefois théorique dans le cadre d'un régime parlementaire où existent de fortes traditions. La possibilité pour le Parlement de remettre en cause le caractère parlementaire du régime au profit d'un autre type de régime ne s'impose pas d'emblée. Question d'autant plus hypothétique si l'on prétend dans un système du type britannique que la notion de loi fondamentale se confond depuis 1689 avec le dogme de la souveraineté parlementaire¹⁸⁸. Et pourtant, ici comme ailleurs, l'extension du droit international économique ou humanitaire, du droit communautaire, ou l'existence de chartes constitutionnelles imposent des limites de plus en plus contraignantes à cette souveraineté illimitée sur le plan des principes¹⁸⁹. Dans ce contexte, il

eminence of Parliament is emphasised both by its position as virtually the sole source, either directly or indirectly, of legislation, and by its freedom from the restraints of any other system of law » ; J.D.B. MITCHELL, *op. cit.*, note 173, p. 50.

187. Cette souveraineté est toutefois tempérée, tant pour le Parlement fédéral que les diverses assemblées des provinces, par leur souveraineté réciproque en vue de modifier la Constitution canadienne. La *Loi constitutionnelle de 1982* impose, dans sa partie V, une procédure de modification de la Constitution du Canada, avec la nécessité d'un consentement unanime pour certaines questions énumérées à l'article 41. Pour évoquer l'existence du pouvoir constituant au Canada, il faut donc faire appel à l'ensemble des acteurs touchés par le processus de modification constitutionnelle : *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11), art. 38-49 (ci-après citée : « *Loi constitutionnelle de 1982* »).
188. De façon plus pragmatique, la Cour suprême a répondu à cette question en affirmant que le « Préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 garantit constitutionnellement le maintien du gouvernement parlementaire » au Canada : *Le Président de l'Assemblée législative de Nouvelle-Écosse c. La Société Radio-Canada*, précité, note 12, 375 (J. McLachlin).
189. En France, dans une décision rendue le 29 juillet 1994, le Conseil constitutionnel a déclaré contraires à la Constitution plusieurs dispositions de la *Loi relative à l'emploi de la langue française*. Ce projet de loi, présenté par le ministre de la Culture, Jacques Toubon, avait pour objet de prescrire l'usage obligatoire de la langue française dans les lieux ouverts au public, dans les relations commerciales, dans les relations de travail, ainsi que dans l'enseignement et la communication audiovisuelle. Le Conseil constitutionnel a rappelé que le législateur ne pouvait méconnaître le contenu de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen relatif à la liberté d'expression en vue d'« imposer à des personnes privées, hors l'exercice d'une mission de service public, l'obligation d'user, sous peine de sanctions, de certains mots ou expressions définis par voie réglementaire sous forme d'une terminologie officielle » : Conseil constitutionnel, 29 juillet 1994, Décision n° 94-345 DC ; A.J.D.A. 1994, 731 (note P. Wachsmann).

faut donc être prudent avant d'invoquer l'existence de l'article 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* comme preuve probante de ce « caractère illimité¹⁹⁰ ». La progression continue de ces limites « internes » et « externes » oblige les divers Parlements et assemblées à une conformité de plus en plus stricte avec les impératifs du nouvel ordre économique et humanitaire qui se dessine à l'échelle internationale. Il ne faut pas toutefois s'y méprendre. Cette souveraineté, qui est en pratique celle de l'État, peut redevenir « inconditionnée » dans la perspective d'une situation de crise où le Gouvernement, avec l'accord du Parlement, modifie pour une durée plus ou moins longue les règles du jeu politique ou l'application de garanties fondamentales¹⁹¹. En dépit des contraintes du nouvel ordre juridique international, cette perspective justifierait à elle seule la thèse de l'autolimitation, laquelle est plus vraisemblable dans un système du type unitaire et non du type fédéral.

Le statut de la loi doit être appréhendé différemment. Au Canada, son autorité semble toute relative puisque tout organe investi d'une fonction judiciaire ou quasi judiciaire peut interpréter sa compatibilité avec un droit reconnu par la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁹². Depuis 1982, il est devenu nécessaire d'évaluer l'affirmation d'un nouveau droit jurisprudentiel constitutionnel par rapport à l'autorité de la loi en vue de la hiérarchie des normes en droit public. Lorsqu'une cour suprême ou une haute cour constitutionnelle¹⁹³ est appelée en dernière instance à interpréter et à dégager des règles constitutionnelles, il est indispensable de s'interroger sur l'autorité de la décision rendue par rapport aux autres sources du droit, notamment les sources écrites. Peu importe qu'il s'agisse

190. Dans ses constatations rendues le 31 mars 1993, R.U.D.H. 1993, 156, le Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations unies a considéré que certaines dispositions de la *Charte de la langue française*, L.R.Q., c. C-11, n'étaient pas compatibles avec le droit à la liberté d'expression reconnu par l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* : W. SCHABAS et D. TURP, *op. cit.*, note 26, p. 21.

191. M. DESCHÊNES, « Les pouvoirs d'urgence et le partage des compétences au Canada », (1992) 33 *C. de D.* 1181-1206, 1191. Sur la notion d'urgence nationale, voir : A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel—Principes*, 2^e éd., Montréal, Thémis, 1993, 507 pages, pp. 244-253.

192. *Douglas College c. Douglas/Kwantlen Faculty Association*, [1990] 3 R.C.S. 570 ; *Cuddy Chicks c. La Commission des relations de travail de l'Ontario et l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175*, [1991] 2 R.C.S. 5 ; *Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada et al. c. Tétreault-Gadoury*, [1991] 2 R.C.S. 22.

193. Sur le développement de la justice constitutionnelle en Europe et sur les deux modèles, américain et européen, voir : D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, coll. « Clefs/Politique », Paris, Montchrestien, 1992, 160 pages, pp. 13-24 ; L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, coll. « Que Sais-je », Paris, P.U.F., 1986, 127 pages ; D. TURPIN, *op. cit.*, note 15, p. 121.

de la Cour suprême du Canada, du Conseil constitutionnel en France¹⁹⁴, de la Cour constitutionnelle de Karlsruhe en République fédérale d'Allemagne¹⁹⁵, ou de la Cour suprême des États-Unis¹⁹⁶, la problématique reste fondamentalement du même type. L'importance exceptionnelle que revêt désormais pour le Canada la formulation jurisprudentielle des règles et critères liés à l'application de la *Loi constitutionnelle de 1982* est un bon exemple de cette évolution. À cet égard, les professeurs H. Brun et G. Tremblay affirment que « la décision judiciaire a [...] la même autorité que la Constitution [lorsqu'] une cour de justice [est] appelée à interpréter et appliquer cette source suprême qu'est la Constitution¹⁹⁷ ». De telles décisions sont non seulement « partie intégrante de la Constitution », mais la jurisprudence qui s'en dégage « est par la force des choses d'une autorité supérieure à toutes les autres sources de droit, y compris les lois des parlements »¹⁹⁸.

Même s'il ne crée pas les normes de référence, le juge en livre le sens essentiel par le jeu de l'interprétation. Ce développement d'un droit jurisprudentiel de référence irradie l'ensemble du droit en débordant largement les limites traditionnelles du droit constitutionnel. À titre d'exemple, la constitutionnalisation du droit administratif est un phénomène qui a été

194. B. POUILLAIN, *La pratique française de la justice constitutionnelle*, coll. « Droit public positif », Paris/Aix-Marseille, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 309 pages ; P. AVRIL et J. GICQUEL, *Le Conseil constitutionnel*, coll. « Clefs/Politique », Paris, Montchrestien, 1992, 158 pages.

195. L'existence du *Bundesverfassungsgericht* (« Tribunal constitutionnel fédéral » ou encore « Cour constitutionnelle fédérale ») découle des articles 92-93-94 de la Loi fondamentale de 1949 : H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, pp. 38-39. Le Tribunal constitutionnel a été créé afin d'offrir à tout citoyen qui s'estime lésé dans la jouissance de ses droits fondamentaux (énumérés aux articles 1-19 de la Loi fondamentale) un recours juridictionnel. À bien des égards, il s'agit de l'institution politique et juridique la plus importante de la République fédérale d'Allemagne (RFA). Sur la protection juridictionnelle de l'État de droit et les pouvoirs du juge constitutionnel en RFA, voir : M. FROMONT, *op. cit.*, note 21, pp. 1214-1220. Sur la Cour : E. BENDA, « The Position and Function of the Bundesverfassungsgericht (Federal Constitutional Court) in a Re-united Germany », dans E. MCWHINNEY, J. ZASLOVE et W. WOLF (dir.), *op. cit.*, note 4, pp. 29-39.

196. Pour une présentation générale : R. HODDER-WILLIAMS, *The Politics of the US Supreme Court*, Londres, Allen & Unwin, 1980, 204 pages.

197. H. BRUN et G. TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, 1 232 pages, p. 28.

198. *Ibid.*

évoqué et analysé par le professeur P. Garant¹⁹⁹. De même, la problématique globale du droit pénal a été modifiée par la *Charte canadienne des droits et libertés*, surtout dans sa dimension procédurale²⁰⁰. L'essor de ce nouveau dispositif de guidage contribue ainsi à modifier singulièrement la place relative du droit et de la loi dans l'ordre juridique canadien²⁰¹. Ce qu'il faut d'abord en retenir, c'est l'affirmation de plus en plus visible d'un « bloc de constitutionnalité²⁰² » formé de divers éléments, au premier rang desquels figurent les lois constitutionnelles de 1867 et de 1982²⁰³, les conventions constitutionnelles²⁰⁴, la prérogative royale, le droit jurisprudentiel constitutionnel selon l'interprétation qu'en donne la Cour suprême (explicitement, ou encore implicitement, en confirmant des solutions retenues par les cours d'appel des provinces et la Cour d'appel fédérale), ainsi que certains principes généraux du droit liés de près au contenu de la *rule of law*²⁰⁵. Cette diversification des sources du droit constitutionnel²⁰⁶ assure

199. P. GARANT, *Droit administratif*, 3^e éd., vol. 3 : « Les Chartes », Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, 625 pages ; P. GARANT, « La nouvelle charte canadienne des droits et la constitutionnalisation du droit administratif », (1987) *Rev. fr. de dr. adm.* 58-68. Dans les ouvrages de droit administratif, ce phénomène se traduit par l'importance grandissante des arrêts liés à l'interprétation judiciaire de la *Charte canadienne des droits et libertés* : D.P. JONES et A.S. DE VILLARS, *Principles of Administrative Law*, 2^e éd., Scarborough, Carswell, 1994, 647 pages (les dimensions constitutionnelles sont évoquées aux pages 21 à 65, avec toutefois un oubli : les pouvoirs et privilèges de la Couronne et de ses mandataires).

200. D.R. STUART, *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, Toronto, Carswell, 1991, 436 pages.

201. P. ISSALYS, *loc. cit.*, note 4, 696.

202. Cette expression de la doctrine publiciste française est employée ici pour sa commodité.

203. La définition restreinte de l'article 52 (2) de la *Loi constitutionnelle de 1982* relative à la Constitution du Canada ne revêt de sens que dans la perspective des sources écrites.

204. A. HEARD, *Canadian Constitutional Conventions*, Toronto, Oxford University Press, 1991, 189 pages ; G. MARSHALL, *Constitutional Conventions : The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, Oxford University Press/Carendon Press, 1984, 247 pages. Dans *La Commission de la fonction publique c. Osborne*, [1991] 2 R.C.S. 69, le juge Sopinka rappelle que les conventions font partie de la Constitution mais qu'« elles ne peuvent être appliquées par les tribunaux, à moins qu'elles ne soient intégrées dans un texte législatif » (p. 87).

205. L'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, précitée, note 6, en est un bon exemple à propos de la théorie de l'imprécision. La Cour suprême rappelle que cette théorie repose sur « l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi ». Dans son jugement rendu pour la Cour, le juge Gonthier rappelle que « ces deux motifs ont été reliés d'une manière générale à l'ensemble de principes de gouvernement désigné comme ~primauté du droit~ [*rule of law* dans la version anglaise] qui forme le cœur de notre tradition politique et constitutionnelle » (*id.*, p. 632).

206. La liste des sources du droit constitutionnel est plus restreinte dans l'ouvrage de P.W. HOGG, *op.cit.*, note 46, chap. I. Le professeur Hogg n'aborde pas le problème de la hiérarchisation de ces sources.

avant toute chose la primauté du droit et subsidiairement (ou concurremment) celle de la loi légiférée. Même en admettant, comme le suggèrent les professeurs Brun et Tremblay, que la définition de « Constitution du Canada » au sens du second paragraphe de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* est loin d'être étanche, puisqu'elle inclut des textes législatifs et des décrets²⁰⁷, il n'en existe pas moins une légalité supralégislative dont une part très importante, si ce n'est essentielle, l'emporte sur « les lois ordinaires » du Parlement et des assemblées des provinces dans la hiérarchie des normes. Il ne s'agit ici que de primauté dans la hiérarchisation des sources du droit. La question des rapports réciproques des divers organes engagés dans la formulation de ces normes doit être appréhendée différemment.

Ce qu'il faut également signaler, c'est la relativisation de la loi dans le spectre élargi des différentes catégories de normes ou de mesures susceptibles d'être rendues « inopérantes²⁰⁸ » pour vice d'inconstitutionnalité. En effet, les modalités selon lesquelles une disposition législative peut être déclarée non conforme aux exigences constitutionnelles ne diffèrent pas, dans plusieurs hypothèses, des conditions qui président à l'examen de la validité d'une disposition réglementaire, d'une directive, d'un énoncé de politique ou d'une mesure administrative quelconque de portée générale ou individuelle. Cette dimension est confirmée par l'interprétation judiciaire des droits à l'égalité reconnus par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Afin d'assurer la primauté effective de la Constitution, la Cour suprême a pris soin de préciser, dans l'arrêt *McKinney*, que la portée de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne se limitait pas à des règles d'essence législative pour englober toute espèce de mesure ou d'acte susceptible de porter atteinte aux droits à l'égalité²⁰⁹. Cette interprétation non restrictive a été également retenue dans d'autres affaires qui avaient pour objet des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La position exprimée par la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité pour la république du Canada* en est un bon exemple à propos de la compatibilité d'une politique administrative avec les exigences de l'article 2 b) de la

207. H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 197, pp. 11-21.

208. Selon les exigences de l'article 52 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

209. *McKinney c. Bureau des gouverneurs de l'Université de Guelph et le procureur général de l'Ontario*, [1990] 3 R.C.S. 229, 276 (J. La Forest) et 383 (J. Wilson). Cette interprétation découle d'une analyse littérale de l'ensemble de l'article 15 de la Charte dont le deuxième paragraphe mentionne explicitement des « lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés ». La Cour suprême en a conclu, à bon escient, que des cas de discrimination pouvaient se manifester sous diverses formes et que la portée de l'article 15 ne se limitait pas simplement à la « loi » (au sens d'une règle de droit d'essence législative).

Charte (liberté d'expression)²¹⁰. Par contre, dans d'autres domaines, certaines garanties de nature constitutionnelle ne peuvent être invoquées que pour la violation de normes qui peuvent prétendre au statut de « règles de droit ». Dans la perspective de l'affaire *Nova Scotia Pharmaceutical*, tel est le cas de la théorie de l'imprécision qui ne peut être utilisée que pour des dispositions législatives et réglementaires, à l'exclusion des directives et autres règles à valeur infraréglementaire²¹¹.

Quoi qu'il en soit de la modulation de différentes garanties constitutionnelles à la lumière de la mesure contestée, il n'en apparaît pas moins que les critères élaborés pour analyser la portée de telle ou telle disposition de la *Charte canadienne des droits et libertés* resteront fondamentalement les mêmes, peu importe la nature de la disposition litigieuse²¹². Dans le creuset du contrôle de constitutionnalité, la loi et les directives administratives sont au même rang en vue de l'application de plusieurs garanties constitutionnelles. Cette réalité montre que dans différents domaines, et selon le type d'intervention retenu par l'État, les dispositions législatives et les diverses pratiques administratives occupent désormais un statut similaire aux fins du contrôle exercé par le juge²¹³.

La progression du contrôle de constitutionnalité pourrait être interprétée comme le signe tangible de la banalisation et de la démonétisation de la loi. Dans un univers de *statute law*, la relativisation de la loi n'est pas aussi troublante que dans les systèmes de droit codifié. Là où naguère la loi a été magnifiée dans sa fonction emblématique d'expression de la raison et de la rationalité, la relativisation de la « volonté générale » par le jeu d'un contrôle de conformité avec des principes constitutionnels peut donner

210. La juge L'Heureux-Dubé a précisé que « la protection constitutionnelle ne s'applique pas uniquement au contexte législatif » pour inclure, le cas échéant, des politiques administratives ou gouvernementales : *Comité pour la république du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, p. 224 (ci-après cité : « *Comité pour la république du Canada* »).

211. Dans son analyse de la théorie de l'imprécision, le juge Gonthier fait explicitement référence à la « loi », à des « dispositions législatives », ainsi qu'à des « restrictions légales » : *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6. Voir également les commentaires de la juge L'Heureux-Dubé dans : *Comité pour la république du Canada*, précité, note 210, pp. 209-215.

212. Dans le cas des dispositions législatives et réglementaires, cette association s'explique facilement puisque le droit public de tradition britannique ne dissocie pas les actes législatifs et réglementaires en ramenant ces derniers à de la « législation déléguée ». Au sens de leur contenu matériel, les règlements sont d'essence législative et servent à la formulation de « règles de droit ».

213. Elles figurent au même rang pour répondre aux mêmes exigences, ce qui ne suppose pas qu'elles soient de même nature.

l'impression d'une dénaturation du jeu démocratique²¹⁴. Si l'extension du contrôle juridictionnel se confond avec le développement de l'État de droit, la loi perd cet élément de centralité au profit de l'affirmation du droit public, désormais menacé de dilataion par l'interprétation extensive de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est dans la perspective du déclin de la loi que le professeur Issalys remarque que « le droit jurisprudentiel et la définition judiciaire des valeurs du droit ont accédé à la prééminence quasi absolue dans le vaste champ soumis à la Charte²¹⁵ ». Si pareil constat renvoie implicitement au droit public, c'est néanmoins la figure du juge qui apparaît en définitive comme le moteur de cette dynamique politico-jurisprudentielle. Au Canada, comme ailleurs, son influence sur le processus de production des normes est incontestable²¹⁶. Même s'il n'est pas directement à l'origine de la reconnaissance des droits fondamentaux, c'est néanmoins lui qui contribue de façon décisive à la définition de leur contenu²¹⁷.

Dans un contexte favorable à la primauté de ce droit jurisprudentiel et aux choix ultimes des juges, la perspective d'une transformation latente

214. L'ouvrage de référence est le suivant : M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, coll. « Droit public positif », Paris/Aix-Marseille, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, 397 pages. Le développement de la justice constitutionnelle et le pouvoir politique de la fonction judiciaire soulèvent des réactions multiples et contrastées : « Le déplacement du Parlement n'est-il pas compensé par l'explosion tous azimuts du pouvoir judiciaire ? Les juges inculpent les politiciens, les cours suprêmes et autres conseils constitutionnels décident de la légalité et de la légitimité des lois dont il est désormais entendu qu'elles n'expriment « la volonté générale que dans le respect de la Constitution ». L'instance judiciaire agit désormais comme bifurcateur et disjoncteur des volontés exécutives » : J. ZYLBERBERG et C. EMERI, *op. cit.*, note 2, p. XII (avant-propos). Pour une analyse plus nuancée afin de réconcilier justice constitutionnelle et démocratie, voir : M. TROPER, « Justice constitutionnelle et démocratie », dans M. ROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, coll. « Léviathan », Paris, P.U.F., 1994, pp. 329-346.

215. P. ISSALYS, *loc. cit.*, note 4, 696.

216. « Le juge constitutionnel dispose d'une maîtrise sur les normes de référence qu'il applique, soit sous couvert d'interprétation, soit par la construction même de ces normes à partir d'une tradition politique » : J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, p. 96.

217. Il est toutefois excessif d'attribuer à la Cour suprême la souveraineté et d'en faire un pouvoir souverain comme l'affirme L. HUPPÉ, « L'émergence d'un pouvoir judiciaire souverain », (1994) 54 *R. du B.* 141-149. La Cour ne dispose pas du pouvoir constituant et n'exerce pas les fonctions associées à la notion de souveraineté en droit public interne ou en droit international public. Dans un esprit plus pragmatique, A. Tremblay évoque l'existence de « limitations aux compétences législatives » découlant de divers instruments de protection des droits et libertés des citoyens, lesquelles restent liées de près au principe de la primauté de la constitution et au contrôle juridictionnel de l'activité législative : A. TREMBLAY, *Droit constitutionnel — Principes*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1993, 507 pages, pp. 185 et 317.

des institutions hante certains esprits²¹⁸. Si ce nouveau droit constitutionnel jurisprudentiel est associé de près à l'avènement de l'État de droit, ce dernier devient par le jeu d'une dynamique institutionnelle une machine de guerre contre la suprématie de la loi, ce qui relativise la souveraineté illimitée de l'institution parlementaire. Ce phénomène ne ferait que renforcer le déclin politique du Parlement. En effet, l'essor de la fonction judiciaire se conjuguerait à un processus devenu irréversible : la fameuse tradition constitutionnelle anglaise de la souveraineté du Parlement ne serait plus, selon certaines analyses, qu'une apparence devant l'irrésistible concentration du pouvoir au sein du Gouvernement et de la haute Fonction publique (*senior civil servants*)²¹⁹. La réalité n'en reste pas moins une étroite association du ministre responsable du dépôt d'un projet de loi (avec la collaboration des administrations visées), du Conseil des ministres et du Parlement dans l'exercice de la fonction législative. L'analyse de cette fonction ne peut faire abstraction de la collaboration des pouvoirs et des fonctions dans l'élaboration des politiques publiques. Dans ce contexte, il faut être prudent avant d'évoquer le déclin de l'institution parlementaire car il s'agit plutôt d'un renforcement du contrôle judiciaire sur l'action législative et gouvernementale, comme le montre le contenu de l'article 32 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²⁰.

En dépit de l'importance de la fonction législative dans un système historiquement fondé sur la suprématie de l'institution parlementaire²²¹, le

218. Le problème est souvent posé en termes d'équations simples, trop simples : « Courts v. Parliament », « Court v. Congress », ou « Courts v. People ». Pour une analyse de cette dimension, voir : B.L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts : The Function and Scope of Judicial Review*, 3^e éd., Toronto/Vancouver, Butterworths, 1988, pp. 35-68.

219. B. LENMAN, *The Eclipse of Parliament*, Londres, Routledge, 1992, 284 pages. Dans une perspective polémique et conservatrice : G.W. KEETON, *The Passing of Parliament*, 2^e éd., Londres, Benn, 1954, 218 pages. Ce constat de déclin, sous forme implicite ou explicite, est assez répandu dans la doctrine publiciste britannique : « Given [...] that the initiative for almost all legislation comes from government ministers, then it is obvious that the executive branch of government, acting in effect as the agent of an omnicompetent legislature, is afforded enormous power and influence » ; I. HARDEN et N. LEWIS, *op. cit.*, note 72, p. 6.

220. La Charte s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada, ainsi qu'à la législature et au gouvernement de chaque province : *Loi constitutionnelle de 1982*, précitée, note 187, art. 32.

221. Sur la suprématie législative, voir : H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 197, pp. 551-566 ; A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 217, pp. 89-95. Dans la théorie constitutionnelle britannique, voir : G. WINTERTON, « The British Grundnorm : Parliamentary Supremacy Re-examined », (1976) 92 *L.Q.R.* 591-617, 597 et suiv.

Canada a cessé, en 1982, d'être un « État du règne de la loi²²² », et la *rule of law* ne peut être interprétée dans un sens purement légicentrique et parlementaire. Cette transformation se traduit par « la primauté du droit » au sens du préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*²²³. Comme il s'agit de la « Rule of law » dans la version anglaise, cette évolution correspond à une réactualisation du contenu formel et matériel de la *rule of law*. À titre de notion fondamentale, elle doit être réactivée²²⁴ afin de montrer ses affinités avec les propriétés formelles de l'État de droit. En ce sens, la *rule of law* dépasse par la richesse de son contenu le cadre parlementaire dans lequel elle est souvent confinée à la suite d'une interprétation légicentrique de l'œuvre d'A.V. Dicey²²⁵.

2.2 Les qualités formelles de l'ordre juridique

À la différence de l'État de droit, la *rule of law* s'impose comme un mode de caractérisation de l'ensemble du droit, voire du système social tout entier²²⁶. Dans sa version traditionnelle, elle fait appel à la formulation de règles de common law et d'*equity* par les cours judiciaires. Dans une tradition juridique où la reconnaissance juridique de la réalité de l'État ne peut être considérée comme un acquis²²⁷, la common law, corrigée en *equity*, est censée être préexistante et distincte, le juge n'ayant pour seule

222. L'expression est employée par M.-J. Redor en vue d'interpréter le contenu de la notion d'« État légal » au sens où l'entend R. Carré de Malberg : M.-J. REDOR, *op. cit.*, note 127, p. 13. Elle permet de déterminer la nature d'un système normatif où la formulation des politiques publiques dépend principalement, mais non exclusivement, de la loi. En dépit de l'importance historique de la common law dans les pays de tradition britannique, l'expression est pertinente pour le Canada car elle reflète le rôle majeur de la loi dans la création du droit pour la période qui va de la fin de la Seconde Guerre mondiale jusqu'à 1982, date de l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

223. Préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982, R.-U., c. 11)] (ci-après citée : « *Charte canadienne des droits et libertés* »).

224. N.B. REYNOLDS, « Grounding the Rule of Law », (1989) 2 *Ratio Juris* 1-16.

225. A.V. DICEY, *op. cit.*, note 71, chap. XIII : « Relation between Parliamentary Sovereignty and the Rule of Law », p. 406 et suiv.

226. Sur la signification globale du principe, ainsi que sur son interprétation plus restreinte, afin de limiter par des contraintes institutionnelles l'action des gouvernants, voir : J.N. SHKLAR, « Political Theory and The Rule of Law », dans A.C. HUTCHINSON et P. MONAHAN (dir.), *The Rule of Law, Ideal or Ideology*, Toronto, Carswell, 1987, 1-16, p. 1. Sur le contenu idéal de la *rule of law* à titre de norme sociale, voir : E.J. WEINRIB, « The Intelligibility of the Rule of Law », dans A.C. HUTCHINSON et P. MONAHAN (dir.), *op. cit.*, pp. 59-84.

227. Voir à ce sujet S.K. O'BYRNE, « Towards an Integrated, Liberal Theory of the Canadian State », (1992) 33 *C. de D.* 1057-1092, avec les nombreuses références qui figurent dans cette importante contribution à la question de la théorie de l'État au Canada.

fonction que de repérer et d'expliciter des règles coutumières issues du fonctionnement de la société civile²²⁸. Elle est en effet « censée être » car on ne peut que rester perplexe sur cette origine « civile » : ce corpus de droit coutumier est le fruit d'un travail d'interprétation accompli par des cours royales créées à Westminster (Court of King's Bench, Court of Common Pleas, Court of Exchequer), le tout étant de surcroît « revu et corrigé » en *equity* par la Court of Chancery à compter de la fin du xv^e siècle²²⁹. Ce lent et immense travail de systématisation venait de cours royales en vue de l'unification et de l'harmonisation du droit du royaume d'Angleterre par le double système *equity/common law*.

La *rule of law* serait ainsi un mode de structuration de l'ordre juridique global, ce qui permettrait de lui conférer une coloration institutionnelle propre aux pays de tradition britannique²³⁰. Dans une perspective diceyenne, elle ne serait que l'expression de la centralité de deux fonctions dans la formulation du « droit » (entendu dans un sens très général) : le *statute law* par le jeu de la fonction législative et le *case law* grâce au principe de l'unité de juridiction qui assure une compétence générale aux cours judiciaires en *equity* et en *common law* depuis 1873 (*The Judicature Acts*, 1873-1875). Si ce rappel est important pour comprendre la généalogie du système, il offre en revanche peu d'éléments pour aboutir à une conception universelle de la *rule of law*²³¹. La tradition diceyenne repose sur la

228. Sur cette dimension coutumière, voir : B. SIMPSON, « The Common Law and Legal Theory », dans W. TWINING (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Oxford/New York, Basil Blackwell, 1986, 8-25, notamment aux pages 18-21.

229. Sur la centralisation de la justice : S.F.C. MILSON, *Historical Foundations of the Common Law*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1981, 475 pages, p. 11 et suiv.

230. Pour une analyse de ce type, voir : S. PRATTE, « La primauté du droit. L'origine du principe et son évolution dans le contexte de la Charte canadienne des droits et libertés », (1986) 27 *C. de D.* 685-710. En vue de dégager le contenu traditionnel de la primauté du droit (avant 1982), cette analyse est également proposée par : H. BRUN et G. TREMBLAY, *op. cit.*, note 197, pp. 626-630.

231. Les auteurs britanniques qui ont élevé la *rule of law* au rang de norme universelle sont peu nombreux. À titre d'exemple, I. Harden et N. Lewis affirment ceci : « These contentions [les deux auteurs ont signalé auparavant, avec plusieurs références à l'appui, que les théories juridiques reposent sur des conceptions implicites de l'autorité] reinforce our view that the rule of law is an ideal which transcends particular periods in a nation's history. More especially, it transcends the legitimacy of any given institutional devices impleaded as vindications of the supremacy of the rule of law ». Les deux auteurs ajoutent toutefois : « Such institutional devices, in our case the parliamentary and judicial varieties, are indeed part of and central to the vindication of any version of the rule of law » ; I. HARDEN et N. LEWIS, *op. cit.*, note 72, p. 17. Comme l'illustre ce passage, une conception universelle ne peut être obtenue que moyennant une épuration radicale de la notion. Un résultat similaire se dégage de l'étude, plus ancienne, de N.S. MARSH, « The Rule of Law as a Supra-National Concept », dans *Oxford Essays in*

négarion de l'État et du droit administratif, ce qui soulève de sérieuses difficultés afin de rejoindre la pluralité des modèles occidentaux. Dans cette perspective, une adhésion inconditionnelle à l'orthodoxie diceyenne rendrait vaine toute forme de rapprochement entre l'État de droit et la *rule of law*. Si la réalité épistémologique d'une tradition politique et juridique reste un fait indéniable, il faut par ailleurs tenir compte de l'évolution du droit contemporain.

En terre de *rule of law*, ces pesanteurs historiques ne peuvent servir de prétexte afin d'ignorer l'évolution globale du droit et des institutions. Certains éléments de théorie constitutionnelle et de théorie générale du droit public, naguère érigés en dogmes absolus, n'ont plus qu'une portée relative. Le modèle diceyen est l'objet de nombreuses critiques²³². L'expansion de la justice administrative et le développement du droit administratif, la multiplication des régimes dérogatoires de droit public, l'essor considérable de la justice constitutionnelle, ainsi que la constitutionnalisation du droit qui en résulte, sont autant de facteurs qui conduisent à la progression du droit public dans plusieurs pays de tradition britannique (le cas de la Grande-Bretagne, de plus en plus isolée dans sa singularité, doit être analysé un peu différemment). Au Canada, comme ailleurs, la multiplication des ouvrages et traités de droit public depuis deux décennies reflète de façon singulière cette tendance lourde dans l'évolution du droit et des institutions. Sans trahir la signification globale de la *rule of law* quant à la nature de ce droit imprégné de common law et de traditions parlementaires, il est donc légitime et nécessaire de s'interroger sur son contenu de droit

Jurisprudence, Oxford, Oxford University Press, 1961, pp. 223-264. Dans le sillage du Congrès international de New Delhi (1959), voir *supra*, note 306, N.S. Marsh élabore une conception universelle fondée sur quelques valeurs et caractéristiques de portée très générale : *free society, individual liberties, equality, supremacy and certainty of the law, judicial process*, (*id.*, p. 240 et suiv.). Dans cette perspective, peut-on faire réellement l'économie, comme le proposent ces auteurs, de tout ce qui confère une coloration proprement britannique à la *rule of law* ? N.S. Marsh reconnaît d'ailleurs que la tradition diceyenne soulève plusieurs contraintes en vue d'élaborer une notion supra-nationale. Le professeur Allan est plus catégorique : « It seems very doubtful whether it is possible to formulate a theory of the rule of law of universal validity — which might serve as a model for all legal systems (or even all the Western democracies) » ; T.R.S. ALLAN, *Law, Liberty and Justice. The Legal Foundations of British Constitutionalism*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 294 pages, p. 21.

232. « [...] the traditional view of public law was integrally related to a conception of society and representative democracy held by Dicey. The role of both constitutional and administrative law was profoundly shaped by this vision, and the vision is no longer sustainable » : P.P. CRAIG, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon Press, 1990, 440 pages, p. 12 (chap. 2 : « Dicey : Unitary, Self-Correcting Democracy and Public Law »).

public. Sans être une pure notion de droit public, sa coloration publiciste est indéniable.

La question de la *rule of law* peut dès lors être posée en termes différents en insistant sur ses qualités formelles dans la structuration de l'ordre juridique²³³. Dans une perspective de droit public, il ne faut pas s'étonner de l'étroite ressemblance avec la problématique de l'État de droit. Tout comme les publicistes allemands du XIX^e siècle, les juristes britanniques et américains invoquent la nécessité de règles précises afin de baliser le pouvoir discrétionnaire de l'Administration (*rule-based administrative action*)²³⁴. Peu importe leur nature législative ou administrative, ces règles, du seul fait de leur existence, contribuent à la juridicisation de l'action administrative. Les impératifs de cohérence et de publicité (*qualities of knowledge and consistency*) liés à leur élaboration réintroduisent l'importance des propriétés formelles du droit dans la structuration de l'action administrative. Il s'agit de propriétés intrinsèques au droit, comme le rappelle le professeur Jeffrey Jowell : « The virtues of rules [...] include their qualities of legality, certainty, consistency, uniformity, congruence to purpose, and accountability loosely so called, all of which play an important part in the control of official discretion and may be seen as concrete manifestations of the *rule of law*²³⁵. » En exigeant la formulation de règles relativement précises afin d'encadrer le pouvoir discrétionnaire de l'Ad-

233. La Cour suprême du Canada a évoqué cette dimension formelle afin de définir la primauté du droit dans le premier renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba : « la primauté du droit exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif qui préserve et incorpore le principe plus général de l'ordre normatif ». Après avoir fait référence aux travaux de W.I. Jennings, de John Locke, de J. Raz et d'A.V. Dicey, la Cour ajoute : « La Constitution, en tant que loi suprême, doit être interprétée comme un aménagement fonctionnel des relations sociales qui sert de fondement à l'existence d'un ordre réel de droit positif » ; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, pp. 749 et 750-751.

234. J. JOWELL, « The Rule of Law Today », dans J.L. JOWELL et A.D.H. OLIVER (dir.), *op. cit.*, note 186, pp. 3-23 ; D.J. GALLIGAN, *Discretionary Powers : A Legal Study of Official Discretion*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 401 pages ; R. BALDWIN et J. HOUGHTON, « Circular Arguments : The Status and Legitimacy of Administrative Rules », (1986) P.L. 239-284 ; K.C. DAVIS, *Discretionary Justice : A Preliminary Inquiry*, Chicago, University of Illinois Press, 1969, 233 pages.

235. J. JOWELL, *loc. cit.*, note 234, 10.

ministration, la Cour suprême du Canada poursuit une démarche du même type²³⁶. Au sens strict, c'est de la primauté des règles dont il s'agit.

Dans la perspective des premiers travaux de Joseph Raz, où l'influence de la pensée de Kelsen est manifeste, le système juridique peut être considéré de la sorte comme un ordre statique composé de normes et de lois²³⁷. Ce cadre d'analyse oriente le travail des juristes vers les qualités formelles de l'ordonnancement juridique : la cohérence, la régularité et l'énonciation des règles de droit par le moyen de codes, de lois ou de règlements se trouvent investies d'une valeur propre afin d'offrir des normes précises et claires. En droit public canadien, la théorie de l'imprécision est une illustration de l'importance accordée à l'intelligibilité des normes législatives et réglementaires²³⁸. L'indétermination dans le contenu de la loi est interprétée comme « une atteinte excessive²³⁹ » aux droits fondamentaux car elle reviendrait à conférer à l'Administration une trop grande discrétion en vue de son application. Ces exigences de précision apparaissent comme le fondement de la légistique. La qualité de la structure formelle de la loi est liée au respect de règles techniques de rédaction.

236. Dans l'affaire *Hufsky*, le juge Le Dain affirme ceci : « Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice » ; *R. c. Hufsky*, [1988] 1 R.C.S. 621, 633. Dans *Nova Scotia Pharmaceutical*, le juge Gonthier rappelle que « l'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens et la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi [...] ont été reliés d'une manière générale à l'ensemble de principes de gouvernement désigné comme « primauté du droit » [« rule of law » dans la version anglaise], qui forme le cœur de notre tradition politique et constitutionnelle » : *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6, 632.

237. J. RAZ, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press, 1970, 212 pages, notamment le chapitre VI (« Legal Systems as Systems of Norms ») et le chapitre VII (« Legal Systems as Systems of Laws »).

238. *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6, 632. Le juge Gonthier précise que les principes liés à la théorie de l'imprécision s'appliquent « à tous les textes de loi, de droit civil, de droit pénal, de droit administratif ou autre » (p. 642). Pour les arrêts de principe, voir également : *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927 ; *Comité pour la république du Canada*, précité, note 210. Sur le contenu de la théorie de l'imprécision, voir P. GARANT, *op. cit.*, note 199, pp. 559-584.

239. Les règles relatives au caractère excessif de l'atteinte ne peuvent être confondues avec la théorie de l'imprécision comme le rappelle le juge Cory : « La portée excessive et l'imprécision sont des concepts différents, mais parfois connexes dans des cas particuliers. » Il précise cette distinction : « La portée excessive et l'imprécision sont connexes en ce que ces deux notions résultent du fait qu'un législateur n'a pas été suffisamment précis dans les moyens utilisés pour atteindre un objectif. Dans le cas de l'imprécision, les moyens ne sont pas clairement précisés. Dans le cas de la portée excessive, les moyens sont trop généraux par rapport à l'objectif » ; *Sa Majesté la Reine c. Heywood*, C.S.C., n° 23384, 24 novembre 1994 (J. Cory, au nom de la majorité).

tion²⁴⁰. L'importance des traditions parlementaires en monde anglo-saxon a créé un contexte favorable à la systématisation des règles de rédaction et d'interprétation des lois²⁴¹. L'attention accordée à la rigueur formelle des lois et règlements est confirmée par l'existence de diverses lois d'interprétation²⁴², ainsi que par certaines lois qui ont pour objet précis l'élaboration des règlements²⁴³. De toute évidence, les propriétés structurelles de l'ordre normatif ne peuvent être dissociées du contenu matériel de la « Rule of law », ce qui favorise l'établissement de rapports convergents avec la primauté des règles formelles dans le fonctionnement de l'État de droit. La signification proprement positiviste des deux notions offre des conditions propices en vue de l'élaboration d'un modèle syncrétique axé sur les propriétés formelles du droit.

La « positivité » de la *rule of law* est une constante que l'on retrouve chez l'ensemble des auteurs britanniques, même chez ceux qui professent ouvertement des thèses jusnaturalistes. Ainsi, pour John Finnis, la *rule of law* doit être considérée comme la caractéristique intrinsèque des systèmes juridiques (*specific virtue of legal systems*), pour autant que ceux-ci puissent fonctionner correctement (*the legal system is working well*)²⁴⁴. Cette dimension institutionnelle de la *rule of law* le conduit à rappeler l'importance des propriétés formelles qui doivent présider à l'élaboration des règles, ainsi que le rôle déterminant de certaines qualités structurelles dans le fonctionnement d'un ordre juridique (*qualities of institutions and processes*) : publicité, cohérence, prévisibilité²⁴⁵. L'énumération de ces prin-

240. P.-A. CÔTÉ, *Interprétation des lois*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1990, 766 pages.

241. W.F. CRAIES, *On Statute Law*, 7^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1971, 640 pages ; D.R. MIERS et A.C. PAGE, *Legislation*, 2^e éd., Londres/Toronto, Sweet et Maxwell/Carswell, 1990, 259 pages ; E.A. DRIEDGER, *Construction of Statutes*, 2^e éd., Toronto, Butterworths, 1983, 385 pages ; G.C. THORNTON, *Legislative Drafting*, 3^e éd., Londres, Butterworths, 1987, 376 pages.

242. *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), c. I-21 ; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., c. I-16.

243. *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1.

244. J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, 425 pages, p. 270.

245. *Id.*, pp. 270-271 : « A legal system exemplifies the Rule of Law to the extent [...] that (i) its rules are prospective, not retroactive, and (ii) are not in any other way impossible to comply with ; that (iii) its rules are promulgated, (iv) clear, and (v) coherent one with another ; that (vi) its rules are sufficiently stable to allow people to be guided by their knowledge of the content of the rules ; that (vii) the making of decrees and orders applicable to relatively limited situations is guided by rules that are promulgated, clear, stable, and relatively general ; and that (viii) those people who have authority to make, administer, and apply the rules in an official capacity (a) are accountable for their compliance with rules applicable to their performance and (b) do actually administer the law consistently and in accordance with its tenor ». Voir également Lon Fuller qui

cipes rejoint directement les conceptions exprimées par Joseph Raz dans *The Authority of Law* sur la dimension proprement formelle de la *rule of law*²⁴⁶. Pour J. Finnis, ces qualités sont comparables à celles de l'État de droit (qu'il traduit par *constitutional government* et non par *rule of law*)²⁴⁷. Dans cette perspective, l'instabilité des règles ainsi que l'inflation juridique seraient une menace directe pour l'intégrité de l'État de droit et de la *rule of law*²⁴⁸.

La reconnaissance explicite de la dimension formelle de la *rule of law* ne se limite pas à la seule question des normes. Au sein de l'École analytique anglaise (J. Raz, H.L.A. Hart), la justification de la *rule of law* repose également sur des considérations structurelles plus générales. À ce sujet, J. Raz rappelle l'existence de plusieurs courants traditionnels dans la conceptualisation de la *rule of law*. L'actualisation de cette dernière dépendrait de trois éléments structurels : 1) l'existence d'une justice formelle (*bureaucratic justice* ou *formal justice*) ; 2) l'affirmation d'une fonction judiciaire forte et indépendante en vue du développement du droit, ce qui fait appel à une profession spécialisée (*specially trained legal profession*) ; 3) et, enfin, ce qu'il nomme un ensemble de pratiques juridiques (*a set of judicial practices*) liées à l'élaboration des règles de common law²⁴⁹. Afin de résumer de pareilles exigences, et également en vue d'intégrer la dimension proprement politique du droit (*political culture, political organisation, legal culture*), J. Raz propose une vision dualiste fondée sur une réhabilitation du rôle de la loi au sein des sociétés pluralistes, ainsi que sur les mérites intrinsèques de l'explicitation judiciaire du droit, laquelle dépend de la « justification publique » des principes du droit par le juge (*requirement of public principled justification*)²⁵⁰. L'analyse de J. Raz n'en reste pas moins centrée sur le fonctionnement des institutions. Davantage qu'un équilibre savant entre la fonction judiciaire et le législatif, elle introduit l'idée de division fonctionnelle du pouvoir afin d'assurer l'indépendance des prin-

définit la compatibilité d'un système juridique avec la *rule of law* en fonction de huit éléments (*generality, notice or publicity, prospectivity, clarity, non-contradictoriness, conformability, stability, congruence*) : L. FULLER, *The Morality of Law*, 2^e éd., New Haven, Yale University Press, 1969, chap. 2, pp. 33-94.

246. « This is the basic intuition from which the doctrine of the rule of law derives : the law must be capable of guiding the behaviour of its subjects. It is evident that this conception of the rule of law is a formal one » : J. RAZ, « The Rule of Law and its Virtue », dans J. RAZ, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, 210-229, p. 214.

247. « But is also the primary value of that notion of constitutional government [*Rechtsstaat*] » : J. FINNIS, *op. cit.*, note 244, p. 272.

248. J.-P. HENRY, *op. cit.*, note 7, p. 1210.

249. J. RAZ, « The Politics of the Rule of Law », (1990) 3 *Ratio Juris* 331-339, 332.

250. *Id.*, 335-336.

cipaux acteurs intéressés par l'élaboration ou l'application du droit : « a culture of legality with a tradition of independence for the courts, the legal profession, the police and the civil service²⁵¹ ». En réintroduisant la question des institutions politiques et de la culture politique, J. Raz offre en définitive une synthèse qui a le mérite d'associer les propriétés formelles de la *rule of law* avec sa signification plus proprement politique, ce qui est conforme au cheminement historique de la notion.

Cet équilibre constitue sans doute une réponse à la cassure traditionnelle de la doctrine publiciste anglaise sur le rôle et les mérites des mécanismes politiques dans un contexte où la revendication de garanties juridiques énoncées sous forme de droits et de recours s'impose comme le discours dominant en droit public. La dimension institutionnelle de la *rule of law* ne revêt pas la même signification ni la même importance selon l'adhésion des auteurs aux modèles du type *red-light* ou *green-light*²⁵². Pour le premier (*control model*), la fonction première du droit public est de favoriser l'élaboration de moyens et de techniques afin d'assurer la primauté des contrôles dits « juridiques ». Cette approche rejoint la conception formelle de l'État de droit par l'importance accordée à la question des recours et des mécanismes de contrôle. Dans le même esprit, elle confère une dimension plus proprement procédurale et institutionnelle à la *rule of law*. L'élaboration d'un modèle syncrétique État de droit/*rule of law* resterait ainsi tributaire de certaines convergences dans la progression des modes de contrôle : formulation de droits fondamentaux dans une charte constitutionnelle et contrôle de constitutionnalité par les juges, développement du droit administratif, autorités administratives indépendantes. Elle aboutirait ainsi à une conception plus globalisante des qualités formelles de l'ordre juridique étatique désormais appréhendé dans sa double fonction de formulation des normes et de correction des irrégularités par la reconnaissance de garanties procédurales et de droits fondamentaux. En revanche, le modèle *green-light* se concilie mal avec l'importance du droit dans la théorie de l'État de droit puisqu'il fait surtout appel à l'imputabilité de la fonction gouvernementale par l'entremise des mécanismes politiques (« accountability of

251. *Id.*, *in fine*. Dans son étude parue en 1961, N.S. Marsh insistait également sur l'importance que représente l'indépendance de la profession juridique : N.S. MARSH, *op. cit.*, note 231, p. 254.

252. C. HARLOW et R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1984, 718 pages, notamment les chapitres 1 et 2 (« Red Light Theories/Green Light Theories »); M. PARTINGTON, « The Reform of Public Law in Britain: Theoretical Problems and Practical Considerations », dans P. MCAUSLAN et J.F. MCELDOWNEY, *op. cit.*, note 180, 191-211, p. 192.

government achieved primarily through the political process »)²⁵³. Ce modèle impose un retour obligé sur l'efficacité des contrôles parlementaires (commissions parlementaires, rôle des députés et de l'opposition), au premier rang desquels figure le mythe controversé de la responsabilité ministérielle²⁵⁴. À cet égard, « The Political Constitution » de G.A.G. Griffith en est une bonne illustration²⁵⁵. Parue en 1979, cette étude du professeur Griffith a été rédigée en réaction contre les nombreuses propositions de modification des institutions britanniques venant de divers milieux (l'élaboration d'une constitution écrite et d'un *Bill of Rights*, la reconnaissance de limites juridiques afin de réduire la souveraineté illimitée du Parlement, la redéfinition du rôle et des pouvoirs de la House of Lords, la création d'une cour suprême, la codification du droit, le développement du droit administratif, la transformation de la Grande-Bretagne en État fédéral avec des assemblées régionales pour l'Écosse, le pays de Galles, l'Angleterre et l'Irlande du Nord, etc.), notamment celles qui ont été formulées par lord Hailsham²⁵⁶ et lord Scarman²⁵⁷. Pour G.A.G. Griffith, ce *constitutional package* reviendrait à consacrer une forme de gouvernement limité par le droit²⁵⁸. À cette approche, il oppose « une objection politique fondamentale » : « law is not and cannot be a substitute for politics²⁵⁹ ». Le

253. À titre d'illustration : T.C. HARTLEY et J.A.G. GRIFFITH, *Government and Law*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1975, 489 pages. Sur les 17 chapitres de cet ouvrage, un seul est consacré au *Judicial Review* (chap. 16), le reste ayant pour objet d'analyse les mécanismes de contrôle politique. Il n'y a pas de développements explicites sur le droit constitutionnel et le droit administratif, à l'exception toutefois du droit communautaire. Pour un ouvrage intitulé *Government and Law*, cette absence nominale du droit public montre que les priorités ne sont pas forcément, pour certains auteurs, du côté du droit public.

254. C. TURPIN, « Ministerial Responsibility: Myth or Reality ? », dans J.L. JOWELL et A.D.H. OLIVIER (dir.), *op. cit.*, note 186, pp. 53-85 ; ainsi que les nombreuses contributions publiées sous la direction de G. MARSHALL, *Ministerial Responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1989, 174 pages, notamment la troisième partie consacrée à la responsabilité individuelle des ministres. Voir également l'importante contribution de D. WOODHOUSE, *Ministers and Parliament. Accountability in Theory and Practice*, Oxford, Clarendon Press, 1994, 321 pages, notamment les pages 162-168 qui montrent que ce mécanisme reste largement tributaire de considérations de politique générale qui dépassent la seule faute individuelle du ministre.

255. G.A.G. GRIFFITH, « The Political Constitution », (1979) 42 *M. L. R.* 1-21.

256. Q.H. HAILSHAM, *The Dilemma of Democracy: Diagnosis and Prescription*, Londres, Collins, 1978, 238 pages.

257. L.G. SCARMAN, *English Law—The New Dimension*, The Hamlyn Lectures, Londres, Stevens, 1974, 88 pages.

258. « The object of this new constitution would be to institutionalise the theory of limited government » : G.A.G. GRIFFITH, *op. cit.*, note 255, p. 8. Lord Hailsham revendique cette *theory of limited government* : Q.H. HAILSHAM, *op. cit.*, note 256, p. 219.

259. G.A.G. GRIFFITH, *loc. cit.*, note 255, 16.

constat du caractère éminemment politique du phénomène du pouvoir, auquel s'ajoute son propre pessimisme sur les tendances autoritaires de ce dernier (« Societies are by nature authoritarian. Governments even more so »), l'incite à réaffirmer avec vigueur la valeur du contrôle politique et des mécanismes politiques (« remedies are political ») afin de rejeter les thèses fondées sur la primauté des mécanismes juridiques²⁶⁰.

Les vues exprimées par le professeur Griffith permettent de faire deux constats : 1) elles peuvent être interprétées comme une illustration de ce courant traditionnel chez quelques auteurs britanniques puisque la *rule of law* y est conçue comme un projet proprement politique, la dimension juridique ne venant qu'en second ; 2) la croyance dans l'efficacité de ce que le professeur Craig désigne par l'expression *self-correcting democracy*²⁶¹ (à propos de l'approche diceyenne) rendrait illusoire en pratique une forme quelconque de rapprochement avec l'État de droit. De ce point de vue, la position de G.A.G. Griffith prendrait valeur de symbole puisqu'elle est, dans une perspective libérale, aux antipodes du contenu de l'État de droit²⁶².

Tout en reconnaissant l'importance de ces garanties politiques, l'approche *green-light* surestime les mérites de la démocratie parlementaire et elle répond mal, ou fort peu, à des besoins nouveaux. Ce modèle, posé en des termes trop exclusifs, est devenu insatisfaisant pour quatre raisons : 1) le développement de l'État administratif a rendu illusoire l'efficacité de ces mécanismes politiques de portée générale car les usagers de services publics doivent avant tout pouvoir disposer de recours, de procédures de règlement des plaintes, de codes de déontologie et de droits tangibles²⁶³ ; 2) la démocratie politique n'offre aucune garantie contre les abus du système majoritaire, et la représentation des groupes minoritaires reste un problème récurrent, notamment à cause du système uninominal à un tour

260. *Id.*, 2 et 16 : « They [lord Hailsham, lord Scarman et autres] seem to indicate a way by which potential tyranny can be defeated by the intervention of the law and the invention of institutional devices. There is no such way. Only political control, politically exercised, can supply the remedy ». Il est intéressant de comparer cette position avec l'analyse du professeur Allan qui cherche davantage à réconcilier la philosophie politique et le droit public, ce qui représente un compromis plus conforme à l'esprit et aux institutions de la *rule of law* : T.R.S. ALLAN, *op. cit.*, note 231, p. 3 et p. 22 et suiv.

261. P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 232, p. 12 et suiv.

262. À ce refus implicite s'ajoute le rejet explicite de la notion d'État : « I begin by rejecting the existence of that abstraction called the State » G.A.G. GRIFFITH, *loc. cit.*, note 255, 16.

263. P. BIRKINSHAW, *Grievances, Remedies and the State*, Londres, Sweet & Maxwell, 1985, 192 pages.

qui existe dans les pays de tradition britannique²⁶⁴ ; 3) l'idée d'une démocratie unitaire du type *self-correcting* relève de l'utopie dans un contexte sociopolitique marqué par la fragmentation réciproque du social et de l'appareil d'État²⁶⁵ ; et, enfin, 4) l'évolution du droit public contemporain est marquée par un mouvement de revalorisation des droits et recours des populations civiles par rapport aux pouvoirs et privilèges de l'État²⁶⁶. Il ne faut donc pas s'étonner que le courant *red-light* soit dominant dans les réflexions de la doctrine publiciste en monde anglo-saxon, ce qui rend vraisemblable une convergence avec les thèmes traditionnels liés à la problématique de l'État de droit. Les critiques de la doctrine publiciste britannique à l'égard de l'approche diceyenne sont nombreuses. Sans qu'il soit nécessaire d'en faire une recension exhaustive, il est utile de rappeler celles qui ont été faites par Patrick McAuslan et John F. McEldowney²⁶⁷, Carol Harlow et Richard Rawlings²⁶⁸, Paul Craig²⁶⁹ et Anthony Lester²⁷⁰.

264. « We have, and have had for many years, an elective dictatorship, a centralised and increasingly authoritarian democracy in which governmental power is not, and is not meant to be, controlled or checked in any effective way » : P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY, « Legitimacy and the Constitution: The Dissonance between Theory and Practice », dans P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY (dir.), *op. cit.*, note 180, 1-38, p. 37. Sur la question de la représentation, voir C. HARLOW, « Power from the People ? Representation and Constitutional Theory », dans P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY (dir.), *op. cit.*, note 180, pp. 62-81. Pour une analyse défavorable à l'égard de la représentation proportionnelle : P. NORTON, « Does Britain Need Proportional Representation ? », dans R. BLACKBURN (dir.), *Constitutional Studies. Contemporary Issues and Controversies*, Londres, Mansell, 1992, pp. 136-147.

265. Sur les divisions intraétatiques et la fragmentation de la société civile, voir, dans le contexte canadien, A. CAIRNS, « L'État omniprésent : les relations entre l'État et la société au Canada », dans K. BANTING (dir.), *L'État et la société : le Canada dans une optique comparative*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1986, pp. 59-96.

266. Ce mouvement est perceptible dans plusieurs pays occidentaux : H. WOOLF, *Protection of the Public — A New Challenge*, The Hamlyn Lectures, Londres/Toronto, Stevens & Sons/Carswell, 1990, 132 pages ; G. VEDEL et P. DELVOLVÉ, *Le système français de protection des administrés contre l'Administration*, coll. « Droit public », Paris, Sirey, 1991, 280 pages.

267. P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY (dir.), *op. cit.*, note 180.

268. C. HARLOW et R. RAWLINGS, *op. cit.*, note 252.

269. P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 232.

270. « The peculiar genius of the British constitution is supposed to consist in its flexibility and capacity for evolutionary change. But the most striking characteristic of our constitution has been its failure to adapt to the changed needs of the nation. Every recent attempt at major reform has been blocked or mismanaged : incorporation of the European Convention ; the electoral system ; the House of Lords ; devolution ; regional and local government ; citizenship ; public access to official information ; administrative law » : A. LESTER, « The Constitution: Decline and Renewal », dans P. MCAUSLAN et J.F. McELDOWNEY (dir.), *op. cit.*, note 180, 345-369, p. 368.

En droit administratif, l'insatisfaction demeure un phénomène constant²⁷¹. Comme le signalent de nombreux auteurs, l'intégration de la Grande-Bretagne dans la Communauté, désormais l'Union européenne, pose en des termes explicites la question du droit public pour le système britannique²⁷². Bien qu'il s'agisse d'une évolution complexe qui dépasse le contenu réciproque de l'État de droit et de la *rule of law* et dont on ne peut présumer de l'issue, il n'en reste pas moins que les revendications de la doctrine publiciste britannique aboutiraient, selon toute vraisemblance, à la création d'un État de droit (au sens strict du terme) en Grande-Bretagne. Malgré la présence latente de l'État de droit en terre de *rule of law*, le modèle britannique n'en perdrait pas pour autant sa spécificité : la *rule of law* reflète des éléments de finalité qui sont souvent négligés dans la théorie de l'État de droit, ce qui ne signifie pas pour autant qu'ils sont inexistantes dans cette théorie. Comme celle-ci évolue vers la reconnaissance plus explicite d'éléments de ce type (justice, démocratie), la réactivation du contenu matériel (*substantive content*) de la *rule of law* présente une pertinence certaine pour la question des fins et des moyens en droit public.

2.3 Le rôle des éléments de finalité

En garantissant de nombreuses propriétés formelles afin d'assurer la stabilité, la cohérence et le bon fonctionnement de l'ordre juridique étatique, la *rule of law* présente, dans une perspective de droit public, un contenu positif dont les éléments peuvent varier selon les champs qui le composent : droit constitutionnel, droit pénal, libertés publiques, droit administratif. En droit pénal, elle se traduit par un certain nombre de principes fondamentaux liés à la détermination des actes criminels et des infractions statutaires par le législateur (*Nullum crimen, nulla poena sine*

271. A. BRADLEY, « Administrative Law : Is the System Now in Place ? », dans R. BLACKBURN (dir.), *op. cit.*, note 264, pp. 65-78.

272. « And the inadequacy of our own system is highlighted by our membership of the European Community, whose framework and working methods are derived from civil-law countries with written constitutions, fundamental rights, and comprehensive systems of public law » : A. LESTER, « The Constitution : Decline and Renewal », dans P. McAUSLAN et J.F. McELDOWNEY (dir.), *op. cit.*, note 180, p. 368. Voir également : A. LESTER, « Fundamental Rights : The United Kingdom Isolated ? », (1984) *Public Law* 46-72 ; P.P. CRAIG, « Constitutional Reform and Democracy : UK » (chap. 7), dans P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 232, notamment aux pages 223 et suiv. L'une des revendications les plus importantes est l'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit britannique interne : T.H. BINGHAM, « The European Convention on Human Rights : Time to Incorporate », (1993) 109 *L.Q.R.* 390-400. Plusieurs tentatives d'intégration ont déjà échoué : G. TREMBLAY et S. BELLAVANCE, « La suprématie législative et l'édiction d'une charte des droits britannique », (1988) 29 *C. de D.* 637-655, 641.

lege)²⁷³, ainsi que ceux qui sont liés à la régularité de la procédure pénale et à l'administration de la preuve, ce qui renvoie ultimement au bon fonctionnement de la justice pénale²⁷⁴. En rappelant cette positivité de la *rule of law*, le professeur Griffith note avec une certaine ironie que seul un « hors-la-loi » (*outlaw*) pourrait en contester le mérite²⁷⁵.

En affirmant la dimension proprement politique de la *rule of law*, Griffith n'oriente pas pour autant son analyse en fonction d'éléments de finalité. En se réclamant ouvertement du positivisme le plus strict²⁷⁶, il offre une conception « minimaliste » qui reflète à certains égards les orientations traditionnelles du droit britannique : dans la perspective de « politisation » du contenu de la *rule of law*, cette notion signifierait que le Gouvernement britannique peut prendre toute mesure nécessaire pour la conduite des affaires de la Grande-Bretagne, sous réserve de trois conditions : 1) il ne peut modifier les droits et obligations des tiers à moins d'être expressément autorisé à le faire par une loi formelle ou par le jeu des pouvoirs issus de la prérogative royale ; 2) toute modification de ces pouvoirs ne peut être obtenue que moyennant l'autorisation expresse du Parlement ; 3) il reste assujéti au respect du droit communautaire issu du Traité de Rome²⁷⁷. Privée de toute forme de finalité, cette définition pourrait donner l'illusion d'une conception politique et parlementaire de la *rule of law*. En pratique, il s'agit plutôt de la reconduction d'un système politico-administratif caractérisé par la concentration du pouvoir au sein du Gouvernement et de la haute Administration.

Peu nombreux sont pourtant ceux qui revendiquent une interprétation strictement formelle ou institutionnelle de la *rule of law*, même en tenant compte du fait que cette dernière puisse être analysée dans sa dimension plus proprement politique. La reconnaissance des éléments de finalité et de certaines dimensions immanentes apparaît chez la plupart des auteurs, même parmi ceux qui sont associés, à tort ou à raison, au *legal formal-*

273. Parmi ces principes, il faut signaler la nécessité d'une disposition législative pour les délits et peines, la clarté, la précision, la publicité et la non-rétroactivité de la loi pénale.

274. J. FORTIN et L. VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Éditions Thémis, 1982, 457 pages, pp. 23-44 ; G. CÔTÉ-HARPER, A.D. MANGANAS et J. TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1989, 785 pages, pp. 41-78.

275. G.A.G. GRIFFITH, *loc. cit.*, note 255, 15.

276. *Id.*, 19 : « I do not believe that the concept of law is a moral concept [...] But laws are merely statements of a power relationship and nothing more [...] I am arguing then for a highly positivist view of the constitution ».

277. *Id.*, 15.

ism²⁷⁸. Ainsi, dans son étude consacrée à la signification actuelle de la *rule of law*, le professeur Jowell affirme que « the Rule of Law is a principle of institutional morality²⁷⁹ ». Par l'utilisation de référents issus de la justice naturelle et du *due process* (*unreasonableness, arbitrariness, capriciousness*), elle remplit un rôle déterminant dans le contrôle judiciaire de l'action administrative afin de garantir aux administrés un minimum de régularité procédurale. Si la *rule of law* ne peut être dissociée de l'analyse du mérite des décisions rendues par l'Administration, sa portée se traduirait surtout par des garanties procédurales (« it primarily provides procedural techniques »), ce qui favoriserait, ultimement, « la promotion de vertus de régularité, de rationalité et d'intégrité » au sein de la fonction administrative²⁸⁰. Ces réflexions sont pertinentes car l'idée de légitimité procédurale occupe une place importante dans les travaux de la doctrine publiciste en droit administratif canadien et britannique. Paradoxalement, ce type de préoccupations réintroduit la positivité de la *rule of law*. Même si la filiation jusnaturaliste de la justice naturelle, de l'équité procédurale et de la justice fondamentale demeure un fait incontestable²⁸¹, l'interprétation judiciaire revient à leur conférer une dimension proprement procédurale²⁸². Grâce à la méthode analogique propre au développement jurisprudentiel du *case law*, chaque décision rendue par une cour prend valeur de précédent et offre ainsi des repères tangibles afin de contrôler par des exigences précises la régularité formelle d'un processus décisionnel, peu importe que ce dernier soit qualifié de judiciaire, de « quasi judiciaire » ou d'administratif. À cet égard, la position de J. Raz serait symptomatique de cette tendance. Dans son énumération des propriétés formelles de la *rule of law*, il rappelle que les principes de justice naturelle doivent être observés (*open and fair hearing, absence of bias, etc.*)²⁸³. Ces exigences liées au

278. Dans son ouvrage *Public Law and Political Theory*, M. Loughlin associe l'« approche normativiste » (*normativist style*) à l'œuvre de William Wade et les théories fonctionnelles du droit public (*functionalism*) aux travaux de William A. Robson, J.D.B. Mitchell, J.A.G. Griffith et Patrick McAuslan : M. LOUGHLIN, *op. cit.*, note 167, chap. 8 (« Contemporary Thought in Public Law »), pp. 182-210.

279. J. JOWELL, *op. cit.*, note 234, p. 19. Il est intéressant de comparer cette étude avec celle de T.R.S. Allan sur la question de la souveraineté. Cette dernière n'aurait comme seule limite véritable que des impératifs de *political morality* : T.R.S. ALLAN, « The Limits of Parliamentary Sovereignty », (1985) *Public Law* 614-629, 615 et 627.

280. J. JOWELL, *op. cit.*, note 234, p. 21. Dans le même sens, le professeur T.R.S. ALLAN, *op. cit.*, note 231, p. 23, affirme : « The Rule of Law [...] plays an essentially procedural role, governing the manner in which government may pursue its ends ».

281. L.L. WEINRIB, *Natural Law and Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1987, 320 pages.

282. Cette dimension procédurale est manifeste à la lecture de l'ouvrage de : P. JACKSON, *Natural Justice*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1979, 223 pages.

283. J. RAZ, *loc. cit.*, note 246, 217.

respect de la règle *audi alteram partem*, de la neutralité et de l'impartialité, de l'équité procédurale font l'objet d'une interprétation judiciaire qui permet l'actualisation de leur contenu par des critères de droit positif issus de la common law. Il suffit donc de suivre l'évolution jurisprudentielle comme en témoigne la série de grands arrêts rendus par la Cour suprême du Canada sur ces questions. Dans cette perspective, la « codification » de la justice fondamentale par le jeu de l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*²⁸⁴ aurait valeur de symbole : la justice fondamentale, c'est avant toute chose ce qu'en a dit et en dira la Cour suprême du Canada dans le respect de la formulation de l'article 7²⁸⁵. Le rappel du rôle prépondérant de la fonction judiciaire dans l'explicitation de valeurs référentielles associées à la *rule of law* n'est pas fortuit. L'autorité traditionnelle des juges en monde anglo-saxon permet de faire un lien direct avec la centralité de la fonction juridictionnelle dans la théorie de l'État de droit.

L'inflexion procédurale de la *rule of law*, à laquelle s'ajoute la complexe exégèse de son interprétation judiciaire, éloigne les réflexions de la doctrine publiciste des considérations de justice immanente ou de transcendance qui en sont à l'origine. Le rôle des éléments de finalité (justice/fairness) n'en reste pas moins probant dans le cheminement du juge. Il s'agit souvent d'une conception empirique et fonctionnelle de l'idée de justice afin de renforcer la légitimité du contrôle judiciaire²⁸⁶. Chez les auteurs britanniques, l'opposition traditionnelle entre le jusnaturalisme et le formalisme est tempérée par le jeu de concessions réciproques. Si J. Finnis affirme sans ambiguïtés que la « Rule of Law is thus among the requirements of justice or fairness », ce n'est qu'après avoir, au préalable, rappelé l'importance de ses propriétés formelles²⁸⁷. De même, si J. Raz

284. « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale » : *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 223.

285. C'est ce qui ressort implicitement de l'analyse de P. GARANT, *op. cit.*, note 199, chap. XXIII (« La justice fondamentale sous l'article 7 de la Charte canadienne »), pp. 151-254. Comme la justice fondamentale est issue de la common law, certains auteurs font une distinction entre la Constitution au sens formel et la common law, la première ne devant pas être interprétée dans un sens trop exclusif : J. M. EVANS, « The Principles of Fundamental Justice : The Constitution and the Common Law », (1991) 29 *Osgoode Hall L. J.* 51-92.

286. Pour reprendre l'expression de J. Finnis, il s'agirait de *practical reasonableness* : J. FINNIS, *op. cit.*, note 244, p. 289.

287. *Id.*, pp. 270-273. T.R.S. ALLAN, *op. cit.*, note 231, p. 21, formule une analyse fondée sur la dimension institutionnelle et juridique de la *rule of law*, ce qui ne l'empêche pas de manifester des préoccupations analogues à celles de J. FINNIS : « The Rule of Law is an amalgam of standards, expectations, and aspirations : it encompasses traditional ideas about individual liberty and natural justice, and, more generally, ideas about the requirements of justice and fairness in the relations between government and governed ».

rejette explicitement dans *The Authority of Law*²⁸⁸ l'association proposée par Lon Fuller entre le droit et la moralité²⁸⁹, il n'en reconnaît pas moins ultérieurement l'existence de liens avec les exigences de *fairness*²⁹⁰. J. Raz n'accepte pas pour autant une vision transcendante ou universaliste de la *rule of law*²⁹¹ en rappelant qu'elle est le produit d'un contexte historique déterminé et ne peut être dissociée d'une certaine conception du rôle du droit (*a culture of legality*)²⁹². En proposant cette thèse proche d'une conception du type anthropo-historique, il réaffirme implicitement que la *rule of law* requiert un effort de rationalisation scientifique afin d'établir la positivité particulière d'un système juridique déterminé.

Cette relativité peut être invoquée pour souligner l'insistance particulière de la pensée anglo-saxonne sur la question des fins dans la théorie de la *rule of law*. L'importance de ces éléments de finalité serait ainsi une manifestation de la singularité de l'approche britannique, ce qui renverrait, selon les apparences, l'État de droit à la question des moyens, et la *rule of law*, à celle des fins. D'où cette critique de Michel Troper : « alors que la doctrine de l'État de droit préconisait un moyen à ses yeux propre à obtenir un certain résultat, la doctrine de la *rule of law* se borne à préconiser le résultat, sans indiquer le moyen de le réaliser²⁹³ ». Dans une perspective continentale, cette affirmation est juste car la question du droit, celle du droit public en l'occurrence, n'était pas le projet central de la théorie de la *rule of law*, ce qui explique, rétrospectivement, que la question des moyens (le droit administratif et la justice constitutionnelle) ait été négligée. Mais dans la mesure où le droit public connaît un essor indéniable en monde anglo-saxon et que les revendications d'un courant majoritaire au sein de la doctrine publiciste britannique sont favorables à l'harmonisation des institutions de la Grande-Bretagne avec celles des autres pays de l'Union européenne, l'idée d'une convergence avec la théorie de l'État de droit devient une hypothèse plausible. Au sens littéral, il s'agirait de la « pri-

288. J. RAZ, « The Rule of Law and its Virtue », *loc. cit.*, note 246, 223.

289. L. FULLER, *op. cit.*, note 245, p. 96. Il s'agit d'un thème récurrent dans la science juridique anglo-américaine : S.R. LETWIN, « Morality and Law », (1989) 2 *Ratio Juris* 55-65 ; J. COLEMAN, « On the Relationship Between Law and Morality », (1989) 2 *Ratio Juris* 66-78.

290. « The argument for the rule of law as an aspect of bureaucratic justice regards compliance with the doctrine as a requirement of fairness » : J. RAZ, *loc. cit.*, note 249, 332.

291. Une conception universelle est proposée par I. HARDEN et N. LEWIS, *op. cit.*, note 72, p. 17.

292. J. RAZ, *loc. cit.*, note 249, 331 : « I do not regard the rule of law as a universal moral imperative. Rather it is a doctrine which is valid or good for certain types of society provided they meet the cultural and institutional presuppositions for the rule of law ».

293. M. TROPER, *loc. cit.*, note 146, 63.

mauté du droit²⁹⁴ », une primauté qui n'est pas dénuée de certaines ambiguïtés car les rapports entre le droit public et la common law reflètent une ambivalence historique : l'utilisation fonctionnelle de règles de droit public dans un système qui nie officiellement la distinction public/privé et la notion d'État repose sur un tissu de contradictions.

À l'inverse, les systèmes qui fonctionnent avec la théorie de l'État de droit ne restent pas pour autant étrangers aux éléments de finalité. Si le perfectionnement du droit public apparaît comme l'une des principales fins de la théorie de l'État de droit, cet objectif ne parvient pas à effacer l'apport particulier de ce qui a précédé l'élaboration de cette théorie. En témoigne la réactualisation du contenu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel en France²⁹⁵. Le substrat historique de la civilisation des Lumières assure ainsi la permanence de certaines idées liées à l'affirmation de « droits naturels, inaliénables et sacrés²⁹⁶ ». Cet illustre document n'a pas pour seul but « la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme²⁹⁷ », en rappelant de surcroît le caractère « inviolable et sacré » de certains d'entre eux²⁹⁸. Cette conservation n'a de sens véritable que parce qu'elle concourt à l'élaboration d'un ordre libéral, ce qui renvoie au principe de finalité du droit public en France, encore qu'il faille faire certaines nuances puisque ce texte ne fait pas figure de fondement exclusif. Tout comme la République fédérale d'Allemagne²⁹⁹, la République française s'affirme comme un

294. Version française de l'expression « Rule of Law » dans le préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 223.

295. B. JEANNEAU, « Juridicisation et actualisation de la Déclaration des droits de 1789 », *R.D.P.*, 1989, pp. 635-663 ; H. OBERDORFF, « À propos de l'actualité juridique de la Déclaration de 1789 », *R.D.P.*, 1989, pp. 665-684 ; G. BACOT, « La Déclaration de 1789 et la Constitution de 1958 », *R.D.P.*, 1989, pp. 685-737. L'actualité récente en offre un bon exemple avec la décision du Conseil constitutionnel sur la compatibilité de diverses dispositions de la loi relative à l'emploi de la langue française avec l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui a pour objet la liberté d'expression : *supra*, note 189.

296. Préambule de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 143. Sur la Déclaration de 1789 : S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, coll. « Pluriel », Paris, Hachette, 1988, 771 pages ; *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses origines — sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, 316 pages ; Colloque des 25 et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, coll. « Recherches politiques », Paris, P.U.F., 1989, 259 pages.

297. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, précitée, note 296, art. 2.

298. *Id.*, art. 17.

299. « La République fédérale d'Allemagne est un État fédéral démocratique et social » : art. 20 de la *Loi fondamentale du 23 mai 1949*, précitée, note 21.

« État social » par le contenu du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946³⁰⁰, dont la valeur a été réaffirmée dans le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958³⁰¹.

Que le registre soit du type libéral ou social, il est manifeste qu'on ne peut dissocier les deux notions, État de droit et *rule of law*, de certains éléments de finalité. Dans cette perspective, elles ne feraient que traduire la complexité des courants multiformes qui ont présidé à leur naissance et dont elles ont été, pour ainsi dire, traversées tout au long de leur cheminement historique. À cet égard, le débat sur le contenu de la justice dans la théorie de la *rule of law* est exemplaire. Si la *rule of law* est associée à la justice ou à la liberté par de nombreux auteurs anglo-saxons³⁰², ce n'est pas uniquement dans le but de promouvoir une justice formelle (*bureaucratic justice*). Au-delà de la fonction juridictionnelle, des considérations de philosophie politique ont conduit certains auteurs à ne retenir que la dimension libérale et conservatrice en vue de protéger et de favoriser la seule liberté individuelle. Afin de dénoncer « le planisme économique du genre collectiviste », Friedrich A. Hayek a formulé une conception de la *rule of law* qui sert désormais à expliquer les fondements de l'idéologie néolibérale. Sa définition a contribué à la notoriété de son ouvrage *The Road to Serfdom*³⁰³, qui rejoint les préoccupations individualistes du droit contemporain : limitation des pouvoirs législatifs, reconnaissance des droits inaliénables de l'individu, inviolabilité des droits de la personne³⁰⁴. À des fins polémiques, F.A. Hayek a toutefois cherché à définir en termes contraires l'économie planifiée et la *rule of law*³⁰⁵. À l'opposé, la célèbre Déclaration

300. Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 : dans H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21, p. 145.

301. H. OBERDORFF (dir.), *op. cit.*, note 21.

302. « Modern discussion of the rule of law has therefore tended to focus on the specification of certain formal or procedural characteristics which commands and rules may have or lack, but which thought to be desirable on various grounds connected with liberty or justice » : J. WALDRON, « The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory », (1989) 2 *Ratio Juris* 79-96, 81.

303. F.A. HAYEK, *La route de la servitude*, 2^e éd., coll. « Quadrige », Paris, P.U.F., 1993, 176 pages.

304. *Id.*, p. 66. Décodé par une grille de droit public, l'ouvrage se révèle ambivalent à certains endroits. Par exemple, l'hostilité de l'auteur envers les régimes d'économie planifiée le conduit à déplorer que des décisions puissent être abandonnées à la discrétion d'un arbitre ou d'une autorité spécialement compétente, phénomène qui serait à l'origine du déclin de la *rule of law*, de la disparition du *Rechtsstaat*, de l'État de droit (il énumère successivement ces trois expressions) (p. 62). Pour la théorie de l'État de droit, pareille affirmation est un contresens.

305. *Id.*, p. 65.

de 1959 de New Delhi a clairement associé les fondements politiques de l'État-providence à la définition de la *rule of law*³⁰⁶.

Cette lecture politique de la *rule of law* en fonction de certains éléments de finalité ou d'une certaine forme de justice sociale a été condamnée par ceux qui peuvent être associés, compte tenu de leurs travaux, au *legal formalism*³⁰⁷, notamment par J. Raz qui y voit une perversion de la théorie de la *rule of law*³⁰⁸. Par simple effet cumulatif, le poids historique du XIX^e siècle (constitutionnalisme libéral et individualisme) et du XX^e siècle (démocratie sociale) favorise néanmoins la coloration politique de la dualité État de droit/*rule of law* en fonction de l'affirmation d'un État de droit du type sociolibéral, lequel apparaît comme l'aboutissement logique des deux siècles. Le centre de gravité glisse toutefois vers la signification proprement libérale de leur contenu réciproque³⁰⁹, ce que favorisent actuellement la définition d'un nouvel ordre humanitaire international ainsi que la crise financière de l'État-providence. En assignant une dimension libérale aux éléments de finalité qui orientent la progression de cette dualité synchrétique État de droit/*rule of law*, le consensus de la communauté internationale peut être obtenu plus facilement. À cet égard, l'œuvre de John Rawls contribue de façon importante à la prééminence de valeurs référentielles qui font appel à l'idée d'immanence³¹⁰. Si l'inspiration néo-kantienne des conceptions de J. Rawls peut donner quelque crédit à l'idée de « droits inaliénables et sacrés³¹¹ », elle ne peut en revanche fonctionner sans une réactualisation des propriétés formelles du droit en vue d'en assurer le respect. D'où ce retour obligé sur la question des recours, des droits, des

306. « The function of the legislature in a free society under the Rule of Law is to create and maintain the conditions which will uphold the dignity of man as an individual. This dignity requires not only the recognition of his civil and political rights but also the establishment of the social, educational and cultural conditions which are essential to the full development of his personality » : *The Rule of Law in a Free Society ; A Report of the International Congress of Jurists*, Committee I of the International Congress of Jurists, New Delhi, 5-10 janvier 1959.

307. « But we must be careful about equating the Rule of Law with the substance of particular rules » : J. JOWELL, *loc. cit.*, note 234, 19.

308. J. RAZ, *loc. cit.*, note 246, 210.

309. Pour la *rule of law*, voir : J. WALDRON, *loc. cit.*, note 302 ; A.C. HUTCHINSON et P. MONAHAN, « Democracy and the Rule of Law », dans A.C. HUTCHINSON et P. MONAHAN, (dir.) *op. cit.*, note 226, 97-123, p. 106 et suiv. Pour l'État de droit, voir : J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 32, pp. 58-67.

310. J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, 401 pages, notamment : « Lecture VIII : The Basic Liberties and their Priority », pp. 289-371, ainsi que *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, 607 pages.

311. En introduisant certaines nuances, J. Rawls reconnaît s'être inspiré des principes fondamentaux de l'éthique kantienne : C. DELACAMPAGNE, « Un entretien avec John Rawls », *Le Monde*, 30 novembre 1993, p. 2.

garanties, ce qui assure la primauté de l'État de droit dans le discours politique international. En effet, ces valeurs référentielles paraissent fragiles sans l'effectivité du droit : les travaux de Hans Kelsen et de Joseph Raz rappellent la pertinence absolue des considérations liées à ses propriétés formelles³¹².

L'élaboration d'une notion syncrétique par l'association de la *rule of law* à l'État de droit, tant par leurs différences que par leurs éléments communs, n'est donc pas fortuite. Elle répond à un besoin élémentaire : le libéralisme politique dont témoignent certaines valeurs référentielles dans la théorie de la *rule of law* permet d'assigner une finalité plus précise aux qualités formelles de l'État de droit. En fonction de leur genèse historique, les deux notions ne coïncident pas objectivement avec la démocratie et le respect des droits des minorités. Ces deux éléments ne sont qu'une plus-value en vue de l'élaboration d'un modèle syncrétique. Tant pour le droit international public que pour le droit public interne, un nouveau modèle fusionnel émerge lentement. Il fonctionne sur la base des acquis réciproques de l'État de droit et de la *rule of law*, ce qui n'exclut pas l'ajout de dimensions nouvelles liées à l'évolution de la conjoncture internationale.

Conclusion

L'élaboration empirique d'un modèle syncrétique qui unirait ainsi des propriétés formelles associées à l'État de droit et à la *rule of law* n'est pas sans rappeler le phénomène de l'œcuménisme. Cette évolution témoigne de la recherche d'un modèle universel qui puisse transcender les différences nationales. Ce rapprochement n'aurait certes pas déplu à Hans Kelsen puisqu'il avait prévu l'émergence d'un système universel dans le contexte de ses réflexions sur les rapports entre droit international et droit national³¹³. Dans l'attente, pareil syncrétisme est susceptible de progresser plus rapidement dans les pays de droit mixte où coexistent common law et influences continentales. L'Afrique du Sud et le Canada constituent à cet égard de véritables laboratoires dans la perspective d'une juxtaposition de règles de common law et de droit romano-hollandais pour le premier, ou de common law et de droit civil pour le second. Dans le cas de l'Afrique du Sud, des affinités de langue et de culture avec le monde germanique renvoient à la filière allemande du *Rechtsstaat*, traduit par *regstaat* en afrikaans³¹⁴. Le Canada n'étant pas encore rendu à l'étape d'une refonte

312. Ce constat montre la nécessité d'évaluer l'efficacité et l'effectivité du droit : A. JEAMMAUD et E. SERVERIN, « Évaluer le droit », *D.*, 1992, pp. 263-268.

313. H. KELSEN, *Principles of International Law*, 2^e éd., New York, Holt, Rinehart & Winston, 1966, 602 pages, pp. 573-580.

314. Voir *supra*, note 1.

constitutionnelle, l'apparition de l'État de droit est plus diffuse. Avant même qu'un débat doctrinal ait pu avoir lieu, la Cour suprême du Canada a manifesté son intérêt pour la théorie de l'État de droit. Cette évolution est significative eu égard aux orientations nouvelles du droit public interne au Canada. Il est possible d'en tirer certaines conclusions.

La référence explicite à la réalité de l'État de droit par un juge francophone de la Cour suprême³¹⁵ reflète les transformations du droit public dans un système de *rule of law*. Outre la conjoncture internationale³¹⁶, les fondements du droit public canadien font l'objet d'une réévaluation substantielle dans le cadre de l'interprétation judiciaire de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Les rapports réciproques de l'État et du droit en sortent modifiés, notamment par l'affirmation d'un nouveau droit jurisprudentiel constitutionnel qui confère aux organes juridictionnels une nette prééminence dans la formulation des principes généraux du droit.

Cette prépondérance résulte d'abord de l'effet du nombre en ce qui concerne les interprètes, puisque les autorités appelées à se prononcer sur des questions constitutionnelles à titre de « tribunal compétent » au sens de l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³¹⁷, peuvent aussi bien être des organes judiciaires que des tribunaux administratifs ou des institutions administratives investies d'une fonction quasi judiciaire³¹⁸. Cette progression revêt désormais une portée nouvelle depuis l'affaire *Hunt* en date du 18 novembre 1993³¹⁹, puisque ce « tribunal compétent » peut correspondre à l'une des diverses cours supérieures du pays en vue d'un contrôle de constitutionnalité qui vise l'ensemble du corpus législatif, peu importe que la loi contestée relève de la province où siège cette cour ou d'une autre province³²⁰.

315. *Nova Scotia Pharmaceutical*, précité, note 6.

316. À titre d'État ayant participé à la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), le Canada a ratifié les propositions issues de la réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE (1990), ainsi que celles qui provenaient de la réunion de Moscou (1991) : documents précités, note 24 et note 30.

317. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 223.

318. Voir *supra*, note 192.

319. *Hunt c. Lac D'amiante du Québec Ltée*, [1993] 4 R.C.S. 289.

320. *Ibid.* : si le caractère unitaire du système judiciaire canadien explique ce choix (p. 310), la cohérence globale de l'ordre juridique canadien était également en cause en vue d'assurer la primauté effective de la Constitution sur l'ensemble des lois, peu importe le lieu géographique de l'instance : « Il est bien établi qu'une gamme de tribunaux judiciaires et administratifs canadiens sont habilités à examiner la constitutionnalité des lois qu'ils appliquent. Ce faisant, ils appliquent le principe de la primauté de la Constitution confirmé par le par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982 » (p. 311, j. La Forest).

Malgré l'augmentation numérique des différentes catégories de juges et de cours appelés à se prononcer sur des questions constitutionnelles, c'est davantage le rôle propre de la Cour suprême qui retient l'attention. Les grands arrêts de principe qui découlent de l'application et de l'interprétation de la *Charte canadienne des droits et libertés* assurent de toute évidence la « primauté du droit » et non celle d'une souveraineté parlementaire qui ne connaîtrait aucune limite, et ce, en dépit du respect que la Cour affiche à l'égard de l'intention manifestée par le législateur. Ce qui se dégage de cette évolution, c'est la primauté d'une légalité constitutionnelle dont le juge est le garant et l'interprète. Il ne faut donc pas s'étonner que la Cour suprême puisse accueillir favorablement l'État de droit car ce dernier constitue un puissant renfort de légitimité pour appuyer sa propre autorité, ainsi que la pertinence des choix qu'elle propose, puisqu'elle ne ferait, en principe, qu'assurer la primauté du droit par le décodage juridique des normes constitutionnelles en fonction de la réalité sociale. C'est en effet cette haute autorité juridictionnelle, « suprême » au sens littéral du terme, qui apprécie en dernière instance la compatibilité d'une loi avec « le droit ». Ce droit est avant toute chose le droit constitutionnel en ses diverses composantes écrites et non écrites, mais également un certain nombre de principes généraux du droit public. L'État de droit représente ainsi la primauté effective du droit constitutionnel et des hautes cours judiciaires/constitutionnelles chargées de son élaboration, ce qui a contribué de façon notable, pour bon nombre de pays occidentaux, à la constitutionnalisation de plusieurs champs du droit et à la primauté du droit public.

Le pur droit jurisprudentiel n'en constitue pas la seule expression, puisque l'État de droit, dans sa réalité structurelle, fait appel à une organisation particulière de l'État par le droit. La primauté du droit sur la loi ne correspond pas au modèle légicentrique traditionnel issu du droit britannique et du droit français. L'insistance particulière sur la question du droit dans la problématique de l'État de droit, notamment sur la question des recours, le statut des organes juridictionnels et des juges, la place du droit administratif, l'existence d'une charte ou déclaration de droits fondamentaux, ainsi que sur le contrôle de constitutionnalité des lois, montre bien qu'il s'agit d'un phénomène récent qui correspond à l'évolution actuelle du droit public au Canada. Dans cette perspective, il serait un peu hasardeux d'affirmer, en une sorte de raccourci de la pensée politique, que *rule of law* et État de droit ne font que traduire la même réalité. En fonction de son développement historique dans les pays de tradition britannique, la *rule of law* ne correspond pas aux mêmes types de préoccupations dans la structuration de l'État par le droit. Le fait que le Canada soit déjà très engagé dans la réalisation concrète d'une approche qui répond à plusieurs exigences de l'État de droit permet de comprendre que les finalités du droit public

sont désormais d'une autre nature. La recherche d'un autre équilibre est amorcée par l'affirmation d'une légitimité nouvelle où la positivité propre du droit devient tout aussi importante que certaines valeurs référentielles associées à la notion de *rule of law*.

Si le Canada est désormais un État de droit, c'est un État de droit par analogie. En droit public, il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'un pays de *rule of law* par tradition et par généalogie. L'élaboration d'un modèle synchrétique État de droit/*rule of law* offre ainsi de nouvelles perspectives afin de revoir certaines lacunes qui nuisent à la primauté du droit et à la cohérence globale de l'ordre juridique canadien.

Dans un premier temps, l'évolution récente de la Cour suprême sur la portée de la *Charte canadienne des droits et libertés* peut être interprétée comme une exacerbation du phénomène de l'État de droit. Les systèmes de droit public de l'Europe continentale ne connaissent pas ce phénomène d'expansion de la justice constitutionnelle dans le nombre des interprètes car les cours constitutionnelles disposent d'une compétence exclusive, et leur saisine repose sur d'autres conditions. Au Canada, la justice constitutionnelle est plus accessible puisque tout justiciable peut éventuellement s'en prévaloir dans le cadre d'une instance judiciaire ou quasi judiciaire. La primauté du droit devient plus contraignante puisqu'une allégation de violation de garanties constitutionnelles doit être examinée par toute autorité investie d'une fonction juridictionnelle ou quasi judiciaire. Cette forme de justice constitutionnelle favorise la revendication de droits fondamentaux avec, pour conséquence directe, une constitutionnalisation progressive de plusieurs domaines du droit. Si l'organisation de la justice constitutionnelle canadienne ne procède pas des mêmes choix que sur le continent européen, elle aboutit néanmoins à des résultats similaires : le Canada est désormais engagé dans une dynamique institutionnelle qui est indéniablement celle de l'État de droit.

Avec une évolution de ce type, certains principes de droit public, ou des règles générales, explicitées par le législateur, et même parfois certaines dispositions constitutionnelles, paraissent peu compatibles avec les exigences de primauté du droit au sein d'un État de droit³²¹. Deux exemples permettent d'illustrer ce problème de cohérence interne du droit public canadien. En premier lieu, l'immunité d'application des lois permet à la Couronne, moyennant certaines exceptions, de ne pas être liée par les lois

321. En invoquant la primauté du droit, le professeur A. Tremblay constate l'existence d'« entorses à la Rule of Law ou à la primauté du droit » au Canada : A. TREMBLAY, *op. cit.*, note 217, pp. 111-128.

ordinaires du Parlement³²². Si des commentateurs ont déjà signalé l'incompatibilité de cette immunité avec les exigences de la *rule of law*³²³, *a fortiori*, c'est une violation directe du contenu minimal de l'État de droit³²⁴. Ce type d'immunité n'existe pas en droit public continental. En deuxième lieu, l'existence d'une disposition dite « dérogatoire » dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (art. 33)³²⁵ afin de permettre, le cas échéant, au Parlement ou à une assemblée provinciale, de soustraire une loi de l'application de certains droits fondamentaux énumérés dans cette charte constitue une violation encore plus flagrante de ce contenu minimal³²⁶. Comme il s'agit des libertés fondamentales, cette dérogation mine le fondement des libertés publiques au Canada. L'existence d'un pareil dispositif laisse présager que, dans des circonstances exceptionnelles, où la sécurité et l'intégrité du Canada seraient en cause, la population canadienne pourrait être appelée à connaître une situation peu compatible avec les exigences d'un État de droit. La pratique politique tend heureusement à corriger ces imperfections, la Couronne étant assujettie de façon assez systématique aux lois du Parlement et des assemblées provinciales, et l'article 33 n'étant plus utilisé dans le contexte un peu particulier des querelles linguistiques. Ces deux caractéristiques du droit public canadien illustrent le caractère assez disparate du système canadien où coexistent désormais des principes issus d'une tradition de *rule of law* et des mécanismes liés de près à la problématique de l'État de droit. Faut-il voir dans cette évolution un phénomène de transition ou un compromis durable ?

Ce syncrétisme montre que le Canada est désormais un État de droit orienté vers des éléments de finalité issus d'une longue tradition de *rule of law*. Malgré son importance dans la structuration de l'ordre juridique dans sa dualité *statute law/common law*, la *rule of law*, dans une perspective de droit public, représente une tradition politique et institutionnelle où l'institution parlementaire et l'interprétation judiciaire des éléments de finalité jouent un rôle de premier plan dans la légitimation du système politique.

322. Cette immunité est codifiée dans les lois d'interprétation. « Sauf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet sur ses droits et prérogatives » : *Loi d'interprétation*, L.R.C., précitée, note 242, art. 17 ; *Loi d'interprétation*, L.R.Q., précitée, note 242, art. 42. Voir l'arrêt de principe : *Alberta Government Telephones c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes*, [1989] 2 R.C.S. 418.

323. G. ZELICK, « Government beyond Law », (1985) *Public Law* 283-308.

324. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 4, 500.

325. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 223.

326. Ce dispositif résulte des circonstances particulières qui ont marqué le processus de rapatriement de la Constitution : G. RÉMILLARD, « Historique du rapatriement », (1984) 25 *C. de D.* 15-97, 92-94.

Contrairement à l'État de droit, elle n'a pas été élaborée en fonction de la réalité spécifique de l'État et de l'Administration, ce qui ne la prive pas pour autant de certaines vertus qui restent essentielles pour notre temps. En insistant davantage sur la question des moyens, l'État de droit soulève, en guise de contrepartie, une question essentielle pour un pays de tradition britannique : le rôle du droit public, notamment du droit constitutionnel et du droit administratif, dans l'affirmation de la démocratie. Comme le font depuis quelque temps les auteurs britanniques à la suite de l'intégration de la Grande-Bretagne dans la Communauté, désormais l'Union européenne, cette question doit être posée de façon explicite au Canada. Déjà, l'évolution du droit public et des institutions laisse présager une influence croissante de la réalité de l'État de droit en terre de *rule of law*.